القواعد الفقهية الكلية

تأليف

أ. د. أحمد الحجي الكردي

خبير في الموسوعة الفقهية وعضو هيئة الفتوى

في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت

مركز الراسخون للتأصيل الشرعي

مفكرون الدولية للنشر والتوزيع

دار الظاهرية

القواعد الفقهية الكلية

الطبعة الأولى
١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م

مركز الراسخون للتأصيل الشرعي

الكويت - الروضة
طريق المغرب السريع - ق ٣
Website: www.eslah.com
E-mail: s66000477@gmail.com
(+965) 99050407
(+965) 22540536

دار الظاهرية

الكويت - مدينة سعد العبدالله
الدائري السادس - ق٣ - م٢٨
Website: www.daradahriah.com
E-mail: daradahriah@gmail.com
(+965) 99627333
(+965) 51155398

الموزعون المعتمدون

دار التدمرية للنشر والتوزيع
(الرياض)
tadmoria@hotmail.com
(+966) 114925192

مكتبة الميمنة المدنية
(المدينة المنورة)
daralmimna@gmail.com
(+966) 558343947

مكتبة الشنقيطي للنشر والتوزيع
(جدة)
hassan_hyge@hotmail.com
(+966) 504395716

المكتبة الأسدية للنشر والتوزيع
(مكة المكرمة)
alasadi2000@hotmail.com
(+966) 125273037

مفكرون الدولية للنشر والتوزيع
(مصر الجديدة)
info@mofakroun.com
(+2) 01110117447

القواعد الفقهية الكلية

تأليف

أ. د. أحمد الحجي الكردي

خبير في الموسوعة الفقهية وعضو هيئة الفتوى
في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت

بسم الله الرحمن الرحیم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد العلماء العاملين، وعلى آله وأصحابه أئمة المسلمين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد، فهذه بحوث في القواعد الفقهية الكلية، قدمتها بأسلوب يجمع بين الوضوح والإيجاز في وقت واحد، تناولت فيها مجموعة من القواعد الفقهية الكلية واحدة واحدة، بشرح موجز مبين، وأمثلة موضحة مفهمة مضمون القاعدة.

ولما كانت القواعد الفقهية في جملتها أغلبية وليست كلية، كان لابد من بيان المستثنيات من كل قاعدة، وقد بينت ذلك أثناء الشرح، وحاولت أن أضبط هذه المستثنيات قدر المستطاع، حتى إذا وجدتها منضبطة بضابط ألحقت هذا الضابط بالقاعدة مما يجعلها كلية لا استثناء فيها.

* **ثم إنني قسمت القواعد إلى ثلاث مجموعات، وضعتها في ثلاثة فصول:**

وضعت في الفصل الأول: القواعد التسع والتسعين التي صدرت بها مجلة الأحكام العدلية.

ووضعت في الفصل الثاني: أربعين قاعدة بعضها مما ختم به أستاذنا الزرقاء كتابه: «المدخل الفقهي».

كما ذكرت في الفصل الثالث: ست عشرة قاعدة، أخذتها من كتابي «الأشباه والنظائر» للإمامين ابن نجيم والسيوطي.

ثم إنني رتبت قواعد الفصل الأول بحسب موضوعاتها وصلتها بالنظريات الفقهية، فوضعت كل مجموعة متآلفة منها تحت عنوان النظرية التي تتبعها هذه القواعد.

فإذا كان للقاعدة الواحدة انتماءان، وضعتها تحت النظرية الأكثر لصوقا بها، وكنت أقدم في ضمن المجموعة الواحدة من هذه القواعد القاعدة الأعم على

القاعدة الأخص منها، على شكل متناسق متآلف.

ثم ذكرت متن هذه القواعد ثانية بحسب الترتيب الهجائي لأوائلها في آخر الباب لتسهيل مراجعتها، ومعرفة مكانها من الكتاب، وذلك بعد التعريف بكل نظرية تعرضت لها بشكل موجز، يكشف عن كنهها وحقيقتها.

أما قواعد الفصل الثاني فقد ذكرتها بحسب الحرف الأول لكل منها من غير ترتيب موضوعي، حتى أترك مجالا للطالب يفكر فيه في انتمائها إلى النظرية الأقرب إليها.

وأما قواعد الفصل الثالث فقد سردتها سردا من غير شرح أو ترتيب موضوعي معين، ليتمرس الطلاب في شرحها وترتيبها، فتكون بمثابة امتحان لمدى تفهمهم لها، وإدراكهم لمعناها ومرماها، وانتمائها إلى النظريات الفقهية.

وقد ذكرت إلى جانب كل قاعدة من قواعد المجلة رقم المادة التي ذكرت فيها، كما ذكرت إلى جانب كل قاعدة من قواعد الباب الثالث رقم الصفحة التي وردت فيها في كتابي الأشباه والنظائر للسيوطي وابن نجيم.

أما قواعد الفصل الثاني فقد ذكرت إلى جانب كل منها رقم الصفحة التي ذكرت فيها في كتاب المدخل الفقهي للأستاذ الزرقا، وذلك في حدود القواعد التي أخذتها عنه.

وذلك بعد تمهيد قدمته يلقي الضوء على معنى القواعد الفقهية، وواضعيها، وتاريخها، وأهم ما صنف فيها.

والله تعالى أسأل أن يجعل ذلك خالصا لوجهه الكريم، وأن يجعله مسددا موفقا ينفع به عباده المتقين، والحمد لله رب العالمين.

أ.د. أحمد الحجي الكردي

***

تمهيد

* **تعريف القواعد الكلية:**

القواعد في اللغة: جمع مفرده قاعدة، وهي الأساس أو الركن، يقال: قاعدة البيت، أي: أساسه(١).

وهي في اصطلاح الفقهاء كما عرفها ابن نجيم: حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه.

إلا أن الحموي تعقبه في ذلك واستبدل بكلمة كلي: «أغلبي»، ذلك أن القواعد الفقهية في جملتها أغلبية لا كلية، إذ قلما تخلو واحدة منها من استثناء.

والحق في نظري مع الإمامين معا، إذ الخلاف بينهما نظري بحت، فإن ابن نجيم نظر إلى قلة المستثنيات منها من الأحكام بالنسبة للأحكام المشمولة بها فسماها كلية، إقامة للأكثر مقام الكل، وبذلك وافق ما اتفق الفقهاء عليه من تسميتها بالكلية، والحموي أراد التدقيق في المعنى وبيان طبيعتها بدقة فسماها أغلبية(٢).

قال واضعو مجلة الأحكام العدلية: «إلا أن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل، وتفهمها في بادئ الأمر يوجب الاستئناس بالمسائل، ثم إن بعض هذه القواعد وإن كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات، لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع، لما أن بعضها يخصص بعضا ويقيد بعضا آخر(٣).

---

(١) انظر المصباح المنير ومختار الصحاح، مادة «قعد».

(٢) الأشباه والنظائر، والحموي عليه (١/ ٢٢)

(٣) انظر المقالة الأولى من المجلة مادة (١)

* مكان القواعد الكلية من الفقه الإسلامي:

إن جاز لنا أن نشبه الفقه الإسلامي ببناء شامخ ذي أبراج عالية، استطعنا أن نعتبر جزئيات الأحكام الشرعية ذراته التي يتألف منها بنيانه.

أما النظريات الفقهية فهي تلك الأبراج العالية التي يتألف منها بنيانه الشامخ.

واما القواعد الفقهية الكلية فهي تلك العمد التي تتألف منها تلك الأبراج، والتي تتألف هي بدورها من تلك الذرات الصغيرة، التي هي جزئيات الأحكام وفروع الفقه.

وعلى هذا تكون القواعد الفقهية الكلية ضوابط لجزئيات الأحكام، ترسم خط سيرها وتبين حدودها وأبعادها، وتكون منها بمثابة المخطط للبناء، يوضحه في خطوطه العريضة وأبعاده المجملة، دون تدقيق في جزئياته الصغيرة.

ولهذا فإن الفقهاء اهتموا كثيرا بجمع القواعد الفقهية والتدقيق فيها، لأنها تربط الأحكام المبعثرة في سلك يرسم خط سير هذه الأحكام واتجاهها نحو تحقيق المصالح التي شرعت لها.

وكون هذه القواعد أغلبية لا كلية لا يغض من قيمتها، ولا ينقص من شأنها ما دامت المستثنيات منها قليلة معدودة في أغلب الأحيان، وما دام المراد من القواعد إنما هو التفقه وليس الفتيا أو القضاء.

وحتى في الفتيا والقضاء، فقد أشار بعض الفقهاء إلى نوع احتجاج بهذه القواعد، من ذلك ما جاء في الشرح الكبير للدردير ما نصه: «وقوله: (ما)، أي، حكما مفعوله (خالف) فيه (قاطعا) من نص كتاب أو سنة أو إجماع أو القواعد، كأن يحكم بشهادة كافر»[١].

ومنه ما جاء في نهاية المحتاج عن القرافي قوله: «(وإذا حكم باجتهاده) وهو من أهله أو باجتهاد مقلده، (ثم بان) كون ما حكم به (خلاف نص الكتاب،

(١) الشرح الكبير (٤ / ١٥٣).

أو السنة) المتواترة، أو الآحاد، (أو) بان خلاف (الإجماع)، ومنه ما خالف شرط الواقف، (أو) خلاف (قياس جلي)، وهو ما يعم الأولى والمساوي، قال القرافي: أو خالف القواعد الكلية، قال الحنفية: أو كان حكما لا دليل عليه، أي: قاطعا، قال السبكي: أو خالف المذاهب الأربعة، لأنها كالمخالف للإجماع (نقضه وجوبا)، أي: أظهر بطلانه وإن لم يرفع إليه (هو وغيره)»[١].

إلا أن ذلك لا يعني حجية القواعد في القضاء مطلقا، وجواز بنائه عليها وحدها، ولكنه يعني وجوب تبرير الحكم إذا كان مخالفا للقواعد، وبيان مستنده المخالف لها من سنة أو ...

فإن الاستثناء جائز من القرآن والسنة بالاستحسان، أفلا يكون جائزا من القواعد الكلية؟، إلا أن الاستثناء خلاف الأصل، ولهذا يطلب من القاضي إذا ما حكم بما يخالف القواعد الكلية أن يبين الدليل الذي دعاه للعدول عن القواعد، فإن بينه وكان مرضيا كان حكمه صحيحا، وإلا كان باطلا.

أي إنَّ نقض الحكم يمكن بناؤه على مخالفة القواعد، أما الحكم نفسه فلا يمكن بناؤه عليها وحدها.

*** نشأة القواعد الفقهية الكلية وتطورها:**

لم تنشأ القواعد الفقهية جميعا في يوم واحد، ولم يضعها فقيه واحد بعينه، ولكنها نشأت تباعا، وتطورت مع تطور الفقه، فمرت بمراحل عدة، فيها وضعت، ثم نسقت، ثم أصلت، ثم صيغت، إلى أن وصلت إلينا مجموعة في ثوبها الدستوري الموجز الذي نراها فيه الآن.

والقواعد هذه في نشأتها كانت تدور على ألسنة الفقهاء والمجتهدين، وهم يؤصلون الأحكام ويستنبطونها من النصوص، فيتناقلها الطلاب والعلماء ويعملون الفكر فيها تنقيحا وتنسيقا ويورثونها طلابهم، فيزيدون فيها وينقصون

---

(١) نهاية المحتاج (٨ / ٢٥٨)

منها ويعيدون صياغتها، وهكذا حتى انجلى القناع عنها واتضحت معالمها وتحسنت صياغتها.

هذا وبعض هذه القواعد هو نصوص، أو مضامين أحاديث شريفة ثبتت عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كقاعدة: «**لا ضرر ولا ضرار**»(١)، وقاعدة: «الأمور بمقاصدها»(٢)، وقاعدة: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»(٣).

وقد تكون مضمون آية كريمة صيغت في صورة قاعدة فقهية، كقاعدة: «العادة محكَّمة»(٤).

وقد تكون قولا لفقيه مجتهد، كقاعدة: «ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»، فهي من كلام الإمام أبي يوسف -رحمه الله تعالى-(٥)

وأول من روي عنه جمع هذه القواعد، هو الإمام أبو طاهر الدباس، وكان حنفي المذهب، وقد جمع سبع عشرة قاعدة، كان يرددها في مسجده بعد العشاء من كل يوم، وكان ضريرا.

فقد حكى القاضي أبو سعيد الهروي الشافعي أن بعض أئمة الحنفية بهراة، بلغه أن أبا طاهر الدباس إمام الحنفية بما وراء النهر، رد جميع مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، فسافر إليه، وكان أبو طاهر الدباس ضريرا، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه، فالتف ذلك العالم (وهو الإمام الهروي، وهو غير الهروي الشافعي راوي هذه الحكاية) بحصير، وخرج الناس، وأغلق أبو طاهر المسجد، وسرد من تلك القواعد سبعا، فحصلت للهروي سعلة،

---

(١) هو نص حديث شريف، رواه مالك في الموطأ في كتاب القضاء، وابن ماجه في كتاب الأحكام، وأحمد في المسند، انظر الموطأ (ص٤٦٤)، والمعجم المفهرس لألفاظ السنة.

(٢) هي مضمون الحديث الشريف المشهور: «إنما الأعمال بالنيات». انظر الأربعين النووية، الحديث الأول عن عمر بن الخطاب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

(٣) رواه النووي في أربعينه وحسنه، ورواه البيهقي وغيره. انظر كشف الخفاء (ص٢٨٩).

(٤) هي مضمون قوله تعالى: ﴿وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ﴾ آية (١٩٩) من سورة الأعراف.

(٥) الخراج (ص٦٥-٦٦).

فأحس به أبو طاهر فضربه وأخرجه من المسجد، ثم لم يكررها فيه بعد ذلك، فرجع الهروي إلى أصحابه، وتلا عليهم تلك السبع[١].

*** ومن هذه القواعد القواعد الخمس التي اشتهرت في مذهب الشافعية، وهي:**

(١) الضرر يزال.

(٢) الأمور بمقاصدها.

(٣) العادة محكمة.

(٤) اليقين لا يزول بالشك.

(٥) المشقة تجلب التيسير[٢].

- **وقد نظم هذه القواعد الخمس أحد علماء الشافعية شعرا، فقال:**

خمس مقررة قواعد مذهب ... للشافعي فكن بهن خبيرا
ضرر يزال وعادة قد حكمت ... وكذا المشقة تجلب التيسيرا
والشك لا ترفع به متيقَّنا ... والقصد أخلص إن أردت شكورا[٣]

وقد ابتدأ بها السيوطي شرحه للقواعد الفقهية في كتابه الأشباه والنظائر لأهميتها، وكذلك فإن ابن نجيم عني بها كثيرا في الأشباه والنظائر.

ثم جاءنا الإمام أبو الحسن الكرخي الحنفي، بمجموعة من القواعد بلغت سبعا وثلاثين قاعدة، ولعله أخذ قواعد الدباس السبع عشرة وزاد عليها.

وبعد الإمام الكرخي جاء الإمام أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي، فوضع كتابه: «تأسيس النظر»، وضمنه مجموعة من القواعد الفقهية.

---

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم، وحاشية الحموي عليه (١/ ١٦-١٧) والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨).

(٢) ابن نجيم (١/ ١٧).

(٣) انظر المدخل الفقهي (٢/ ٩٤٠) حاشية.

وبعده جاء العلامة ابن نجيم المصري الحنفي، فوضع كتابه الأشباه والنظائر، وقسمه إلى سبعة فنون (أبواب)، جمع في الفن الأول منها خمسا وعشرين قاعدة فقهية، شرحها وقسمها إلى قسمين.

فذكر في القسم الأول القواعد الأساسية التي تعد أركانا في المذهب الحنفي، وبلغ عددها ستا، هي القواعد الخمس المشهورة عند الشافعية التي سبق ذكرها، مضافا إليها قاعدة سادسة هي: «لا ثواب إلا بالنية».

وجمع في القسم الثاني تسع عشرة قاعدة أخرى، عدَّها في المرتبة الثانية في الأهمية والشمول بعد قواعد القسم الأول.

وفي منتصف القرن الثاني عشر الهجري، وضع العلامة محمد أبو سعيد الخادمي كتابا مختصرا في الفقه الحنفي بعنوان: «مجامع الحقائق» ختمه بسرد مجموعة من القواعد الفقهية بلغت (١٥٤) قاعدة، ضمنها قواعد العلامة ابن نجيم وزاد عليها.

ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية - القانون المدني في الدولة العثمانية - مصدرة بتسع وتسعين قاعدة فقهية، فيها كثير مما ذكره ابن نجيم والخادمي وغيرهما، وذلك في المواد (٢ - ١٠٠) منها، وقد عني بشرح هذه القواعد وتفصيل أحكامها، كل من عني بشرح المجلة، وهم كثيرون.

ثم جاء بعد المجلة، العلامة محمود حمزة مفتي دمشق في عهد السلطان عبد الحميد، فوضع كتابا اسمه: «الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية» جمع فيه مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية، وقد عد هذا الكتاب بحق أشمل وأوسع كتاب يجمع هذه القواعد.

وقد تتابع فقهاء المذاهب عبر القرون على جمع القواعد ودراستها وشرحها وبيان المستثنيات منها.

ومن هؤلاء الفقهاء من أفرد لهذه القواعد كتابا خاصا بها، كالإمام عز الدين

بن عبد السلام في كتابه: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام»، والإمام القرافي في كتابه: «الفروق»، والإمام ابن رجب الحنبلي في كتابه: «القواعد».

ومنهم من افتتح بها كتابا في الفقه على وفق مجلة الأحكام العدلية، كالإمام ابن نجيم الحنفي في كتابه: «الأشباه والنظائر»، والإمام جلال الدين السيوطي الشافعي في كتابه: «الأشباه والنظائر» أيضا.

ومنهم من اختتم بها كتابا في الفقه، كما فعل أستاذنا الجليل العلامة الفقيه المحقق الأستاذ مصطفى الزرقاء، حيث ألف كتابا سماه: «المدخل الفقهي العام»، ختمه بمجموعة من القواعد الفقهية الكلية، صدرها بقواعد المجلة التسع والتسعين، وأتبع ذلك بمجموعة من القواعد الأخرى التي لم تتعرض المجلة لها، وقد شرح قواعد المجلة شرحا لطيفا مدعما بالشواهد، وذلك بعد ما صنفها إلى صنفين، جمع في الصنف الأول ما رآه رئيسا من القواعد، وجمع في الصنف الثاني ما رآه قيدا في القواعد الأولى، أو استثناء منها، أو تكرارا لها، وكان يقدم في كل موضوع القاعدة الرئيسة، ثم يتبع ذلك بالقواعد الملحقة بها[1].

إلا أن تلك القواعد التي جاءت في المؤلفات والمجموعات السابقة ليست كلها قواعد عامة ذات نصوص موجزة، لكن بعضها كذلك، وبعضها الآخر ضوابط وعلل فقهية لم تكتس بالثوب الدستوري الموجز، خلافا لما جمعته المجلة منها، فإنه جميعه قواعد عامة ذات نصوص موجزة محكمة.

ولهذا فإنني عمدت إلى تقديم القواعد الفقهية التي جمعتها المجلة أولا، وأتبعت ذلك ببعض القواعد الفقهية العامة الأخرى، مما رأيته منضبطا بنصوص موجزة محكمة على نسج قواعد المجلة.

***

(١) المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٣١-١٠٤٦).

الفصل الأول

قواعد المجلة

أولا: نظرية الباعث

الباعث هنا:

هو الدافع إلى إنشاء التصرفات الشرعية، قولية كانت أم فعلية، عقْدية كانت أم غير عقْدية، وهو ما يطلق عليه علماء القوانين الوضعية «السبب».

والباعث هنا:

هو الدافع الشخصي الخاص لإنشاء التصرف (النية)، فهو مختلف لذلك من شخص لآخر رغم وحدة التصرف، وهو ما اتجه إليه علماء القانون الوضعي حديثا.

وذهب الأقدمون إلى النظر إلى الباعث من زاوية موضوعية ترتبط بنوع التصرف، بصرف النظر عن شخصية المتصرف، فربطوه لذلك بحكم التصرف ومقتضاه.

على أي حال فإن الفقهاء المسلمين عرفوا الباعث وأحلوه محله اللائق في أحكامهم، وإن كانوا لم يتوسعوا في ذلك عن عمد منهم، لئلا يؤدي الأمر إلى التجسس الممنوع بالقرآن الكريم: ﴿وَلَا تَجَسَّسُواْ﴾[1]، لهذا فإنهم لم يبحثوا في الباعث على التصرف مشروعا أو غير مشروع، إلا إذا كان هذا الباعث متبديا في ثوب مادي من التصرفات، وإلا كان لغوا.

وقد ضبط الفقهاء ذلك بمجموعة من القواعد، أهمها:

*** (١) الأمور بمقاصدها (م ٢):**

هذه القاعدة هي مضمون حديث نبوي شريف صحيح مشهور، هو قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيما رواه عنه عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «**إنما الأعمال بالنيات، وإنما**

---

(١) الآية (١٢) من سورة الحجرات.

لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»، رواه الستة وغيرهم(١).

ومعنى هذه القاعدة أن أعمال الإنسان وأقواله منوط حكمها بالنية التي تستبطنها، وليس بمطلق ظاهر هذه الأعمال والأقوال.

فمن قتل آخر ينظر إلى نيته، فإن كانت القتل كان قاتلا عمدا وكان آثما، وإن لم يكن قصده القتل كان قتلا خطأ.

وكذلك صلاته، إن كانت مخلصة لله تعالى كانت مقبولة ومثابا عليها، وإن كانت غير مخلصة لله تعالى لم تكن مقبولة ولا مثابا عليها وهكذا، فإن حكم الأعمال التي تصدر عن المكلف قولية كانت أم فعلية منوط بالباعث على تلك التصرفات أو القصد الذي وراء هذه التصرفات، يتغير بتغيرها.

هذا بالنسبة للحكم الأخروي، أما الحكم الدنيوي فإنه كذلك أيضا مادام ظاهر التصرف محتملا لذلك القصد، فإذا لم يحتمله أعمل الظاهر وألغي القصد.

فمن قال لزوجته: اذهبي إلى بيت أهلك، نظر إلى قصده، فإن كان الطلاق حكم عليه به لاحتمال اللفظ له، وإن كان قصده غير الطلاق لم يحكم بالطلاق عليه، لأن اللفظ يحتمل غير الطلاق أيضا.

فلو قال لزوجته: أنت طالق، حكم عليه بالطلاق وإن لم يقصده، وذلك في حكم الدنيا، لأن لفظ الطلاق صريح في الطلاق ولا يحتمل غيره، وأما بينه وبين ربه فإنه يقبل منه قصده مطلقا، ولا يقع عليه الطلاق إذا لم يقصده ديانة خلافا للقضاء.

ومن حفظ خاتما وديعة في إصبعه فضاع منه فإنه يضمنه لتعديه، إِلَّا أَلَّا يكون له محفظة غير ذلك فإنه لا يضمنه، وذلك لأن لبس الخاتم ليس حفظا له عند من له محفظة غير ذلك، ويكون محفظة له عند من لا يجد محفظة غيره، فاعتبر

(١) انظر كشف الخفاء (ص١١)، والأربعين النووية الحديث الأول.

قصده الحفظ عندما كان اللبس يحتمل أن يكون حفظا في حقه، ولم يعتبر قصده الحفظ عندما لم يحتمل اللبس الحفظ في حقه[١].

*** (٢) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني (م ٣):**

هذه القاعدة تتضمن معنى القاعدة الأولى نفسها، إلا أنها أخص منها، فتلك عامة في كل التصرفات وهذه في العقود خاصة.

ومعناها أن الألفاظ التي وضعت لعقود معينة يمكن أن تصرف إلى عقود أخرى، إذا قصد منها العاقدان تلك العقود الأخرى.

وعلى ذلك إذا أطلق إنسان عقدا، وأراد به عقدا آخر غير العقد الذي وضع اللفظ له فإن الكلام ينصرف إلى العقد المقصود دون العقد الذي وضع اللفظ له، كمن أطلق الهبة وأراد منها البيع، وأطلق الإعارة وأراد الإجارة، وأطلق الوصية وأراد الوكالة.

- **إلا أن لذلك شروطا ثلاثة لابد من توافرها، وإلا حكّم اللفظ دون القصد، وهي:**

١) أن يكون اللفظ محتملا لما استعمل فيه لغة، وإلا لم يعتبر القصد، فمن قال لآخر: «لا أبيعك هذا الكتاب بخمس ليرات»، وقصد أنه يبيعه بهذا الثمن، لم يكن قوله هذا بيعا، ولا عبرة بقصده.

٢) أن يستوي جانبا إعمال ظاهر اللفظ والقصد، أو يحف بلفظه قرائن تجعل إعمال القصد دون اللفظ راجحا، وإلا لم يعتبر القصد، فمن قال لآخر: وهبتك كتابي هذا بخمس ليرات سورية، كان ذلك بيعا للكتاب لقرينة اشتراط خمس الليرات.

فإذا خلا اللفظ عن القرينة ورجح جانب اللفظ للاستعمال، كأن قال له: وهبتك كتابي هذا، دون ذكر ثمن، وأراد البيع بذلك لم يكن بيعا، بل هبة لعدم القرينة.

---

(١) انظر ابن نجيم (ص٤٣) وما بعدها، والسيوطي (ص٩) وما بعدها، وشرح المجلة (١/ ١٣-١٦)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٥١-٩٥٢)، وابن عابدين (٣/ ٢٥٠).

فإذا استوى الجانبان أعمل القصد، كأن يقول رجل لزوجته: اذهبي إلى بيت أهلك، فإن نوى الطلاق وقع، وإن نوى إبعادها عن بيته مؤقتا صُدِّق، لاستواء الطرفين.

٣) ألا يكون الحكم المترتب على المعنى المقصود أدنى من الحكم المترتب على المعنى الذي يقتضيه ظاهر اللفظ، وإلا لم يعتبر القصد، فمن قال لآخر: وهبتك قلمي هذا بعشر ليرات، كان بيعا، ولو قال: بعتك كتابي هذا بلا ثمن، لم يكن هبة، بل بيعا باطلا[(١)].

ذلك أن الملك بالهبة أدنى من الملك بالبيع، فالهبة يجري فيها الرجوع دون البيع، وكذلك فإن الهبة لا تتم إلا بالقبض، دون البيع[(٢)].

*** (٣) من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه (م ٩٩):**

الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ خلق الأشياء وأناط بها أحكاما، وجعل لهذه الأحكام شروطا وأوقاتا لا تثبت الأحكام إلا باستكمالها وحلولها.

فالصلاة لا تصح قبل وقتها وتحرم بعد خروج الوقت، والميراث لا يثبت للورثة إلا بموت المورث، وعتق المدبَّر لا يكون إلا بعد موت المدبِّر.

فإذا ما حصَّل إنسان السبب المؤدي للحكم قبل حلول وقته بقصد الوصول إلى الحكم المراد مبكرا، فهل يجاب إلى طلبه ويحكم له بالحكم الذي قصد إليه وحصَّل سببه؟

القاعدة تقول: لا يجاب من أسرع بالسبب إلى الحكم إلى طلبه، بل يحرم من الحصول على الحكم المطلوب.

---

(١) وهناك من الفقهاء من يعتبره هبة صحيحة.

(٢) انظر السيوطي (ص١٨٣-١٨٦)، وشرح المجلة (١/ ١٦)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٥٢)، وأعلام الموقعين عن رب العالمين (٣/ ٥٤،٩٤).

- **والأمثلة على ذلك متعددة، منها:**

١) الموت سبب الإرث للوارث في الشرع، فإذا أسرع الوارث في تحصيل السبب فقتل المورث، فإنه يحرم من الإرث عقوبة له على إسراعه ذلك، هذا ما دام القتل بغير حق، فإذا قتله بحق كالدفاع عن النفس أو إقامة الحد فإنه يرث منه، لعدم قصد استعجال موته.

٢) إذا أوصى رجل لآخر بمبلغ من المال يأخذه بعد موته، كان موت الموصي سببا لامتلاك الموصى له مبلغ الوصية، فإذا قتل الموصى له الموصي ليصل إلى الوصية مبكرا، حرم من الوصية، والقتل المانع من الوصية هو القتل المانع من الإرث المتقدم.

٣) الطلاق البائن قاطع للزوجية، ومانع من إرث الزوجة من زوجها، فإذا طلق رجل زوجته بائنا في مرض موته فرارا من استحقاقها الإرث من تركته بعد وفاته عوقب بنقيض قصده، وحكم لها بالإرث من تركته ما دامت في عدتها عند وفاته.

٤) زواج الرجل بالمطلقة ثلاثا بعد عدتها ودخوله بها ثم طلاقها بعد ذلك ومضي عدتها من أسباب حلها لزوجها الأول، فإذا زوجت امرأة مطلقة ثلاثا نفسها من رجل بقصد إحلالها لزوجها الأول، وشرطت ذلك في العقد لم تحل لزوجها الأول بهذا الزواج، معاقبة لها بنقيض قصدها على استعجالها[١].

إلا أن هذه القاعدة غير مطردة، ولها استثناءات كثيرة، بل إن المستثنيات منها من الأحكام أكثر مما هو منضبط بها منها تقريبا، **فمن ذلك على سبيل المثال:**

١) من المقرر أن أم الولد[٢] تعتق بموت سيدها، فإذا قتلت سيدها فإنها

---

(١) هذا على مذهب الإمام محمد بن الحسن، وذهب أبو يوسف إلى فساد النكاح أصلا، أما الإمام أبو حنيفة فالنكاح عنده صحيح يحلها للزوج الأول. انظر ابن عابدين (٣ / ٤١٥).

(٢) أم الولد هي الرقيقة التي تسرَّى سيدها بها وأنجبت منه طفلا وادعاه.

تعتق أيضا على رغم ذلك.

٢) وكذلك المدبَّر[1] إذا قتل سيده، فإنه يعتق أيضا على رغم ذلك.

٣) من المقرر أن الديون المؤجلة تحل بوفاة المدين، فإذا قتل الدائن المدين ليحل دينه، حل دينه أيضا.

وضابط المستثنيات في ذلك: أن الأحكام هذه كلها هي مصالح غالبة مقصودة للشارع، ولهذا لم يؤثر فيها القصد المخالف واستعجال السبب.

ففي الأول والثاني المصلحة هي العتق، وفي الثالث هي وفاء الدين، وكل ذلك مصلحة مطلوبة يتشوف إليها الشارع.

وإذا أردنا صياغة القاعدة صياغة تمنع دخول المستثنيات فيه أصلا قلنا: «من استعجل الشيء قبل أوانه، ولم تكن المصلحة غالبة في ثبوته، عوقب بحرمانه»[2].

*** (٤) من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه (م ١٠٠):**

الإنسان قد يأتي بتصرفات قولية أو فعلية ترتب عليه التزامات، ثم يأتي بتصرفات أخرى تتضمن تخليه عن الالتزامات التي ثبتت عليه بتصرفاته الأولى، فهل تصح تصرفاته الأخيرة، وتلغي تصرفاته الأولى؟

هذه القاعدة تنص على أن تصرفاته الأخيرة باطلة، لمناقضتها لما تم من جهته من التصرفات الأولى، **مثال ذلك:**

١) أن يقرَّ فلان لآخر بدين عليه مقداره عشرة آلاف ليرة سورية، وبعد ذلك ينكر أن له عليه دينا ما، فإن إنكاره لا يقبل، لأنه نقض لإقراره السابق الذي تم من جهته.

٢) أن يشتري إنسان دارا فيكفله الشفيع بثمنها لدى البائع، ثم يطالب

---

(١) المدبَّر هو الرقيق الذي قال له سيده: «أنت حر دبر موتى».

(٢) انظر ابن نجيم (ص١٩٠-١٩١)، والسيوطي (ص١٦٩-١٧١)، وشرح المجلة (١/ ٢٦٨-٢٧٠)، والمدخل (٢/ ١٠٠٠-١٠٠١).

الشفيع بالشفعة، فإنه لا يجاب إلى طلبه، لأنه بكفالة المشتري أسقط شفعته ضمنا، فلا يقبل منه بعد ذلك طلبها، لأنه نقض لما تم من قبله ضمنا من الرضا والتسليم بالشفعة.

- **إلا أن لهذه القاعدة ضابطا، ذلك أن التناقض على نوعين:**

١) أن يكون التناقض مما لا يقبل التوفيق بحال، بأن يكون في دعواه الثانية نقض كامل لما تم من التصرف من قبله أولا من كل وجه، وذلك كأن يدعي بشيء إرثا من فلان، ثم يدعي بالشيء نفسه بعد ذلك شراء منه، فإنه تناقض لا يمكن التوفيق فيه، لأن الشراء لا يتأتى من الميت، ولذلك ترد الدعوى الثانية (دعوى الشراء) لمناقضتها للدعوى الأولى (دعوى الإرث).

٢) أن يكون التناقض مما يقبل التوفيق، كأن يدعي بالشيء شراء من فلان، ثم يدعي به إرثا منه بعد ذلك، فإنه تناقض يقبل التوفيق، بأن يصدق بالشراء منه أولا، ثم يفترض أنه رده إلى البائع ببيع أو هبة أو غير ذلك، ثم ورثه منه بعد وفاته، وهنا للحنفية رأيان في صحة دعواه الجديدة وعدم صحتها.

ذهب البعض إلى أن دعواه الجديدة تصح، ويلغى التناقض ما دام التوفيق ممكنا، سواء وفق المدعي بنفسه أم لا، وهو القياس.

وذهب آخرون إلى أنه إن وفق فعلا بين الدعويين قبل منه، وحكم بزوال التناقض، وإلا ردت الدعوى الثانية، وهو الاستحسان، وهو الأقوى لدى الحنفية.

ثم إن التوفيق قد يكون ثابتا مبنيا على سبب موضوعي، كما في ادعاء الإرث بعد دعوى الشراء، وقد يكون مبنيا على جهل المتصرف بالنظر لخفاء السبب، كما لو باع عبدا وُلد عنده، ثم ادعى أن العبد ابنه، وطالب بإبطال البيع لجهله بأن العبد ابنه عند البيع، فإنه يصدق ويحكم له بنقض البيع، لأن النسب مبني على العلوق، وهو أمر خف قد يجهله الأب في حينه.

وكذلك مثل أن يبيع أرضا من آخر، ثم يدعي أن الأرض وقف، ويطالب

بإبطال البيع لجهله بوقف الأرض عند البيع، فإنه يصدق في جهله هذا، ويلغى البيع لأن الوقف قد يخفى عليه (١).

* * *

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٧٠-٢٧٤)، والمدخل (٢ / ١٠٠١-١٠٠٣)، وابن عابدين (٤/ ٤٢٨).

ثانيا: نظرية التعبير عن الإرادة

الإرادة هنا:

هي الرغبة الباطنة الدافعة للتصرف القولي، فهي لذلك بمعنى الباعث على التصرف الذي مر في النظرية السابقة.

والإرادة الباطنة هذه مناط انعقاد التصرفات القولية، عقْدية كانت أم غير عقْدية، ولكن لخفائها وعدم القدرة على ضبطها ألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها ودليل معبر عنها، كالكلام والكتابة والإشارة والفعل، وذلك ما دامت خفية، فإذا تبدت إلى العيان وظهرت على خلاف ما يعبر به عنها، كان مناط الانعقاد بها، لا بما هو مظنة لها لانقطاعه عنها.

وعلى هذا إذا باع إنسان سلعة ما بقوله: بعت، انعقد بيعه بهذا القول، لدلالته على الإرادة الباطنة، فإذا علم بعد ذلك أنه مجنون، ألغي بيعه، لتيقن انعدام الإرادة بالبيع لديه، لأن المجنون لا إرادة له.

وقد ضبط الفقهاء أحكام ذلك بمجموعة من القواعد الكلية، وأهمها:

*** (١) إعمال الكلام أولى من إهماله (م ٦٠):**

كلام العقلاء في الأصل - وهو المقصود هنا - ألفاظ تحمل في طياتها معاني، وهذه المعاني قد تتضمن أحكاما والتزامات، وقد لا تتضمن شيئا من ذلك.

ثم إن اللفظ الواحد قد يكون متمحضا لمعنى واحد لا يحتمل غيره، وقد يحتمل أكثر من معنى، وهذه المعاني التي يحتملها اللفظ قد تدل جميعها على أحكام، وقد يدل بعضها على أحكام وبعضها الآخر لا يدل على شيء منها، وقد يتعذر أحيانا دلالة اللفظ على معنى ما مطلقا.

فإذا كان اللفظ متمحضا لمعنى واحد لا يحتمل غيره، حمل اللفظ على ذلك

المعنى الذي وضع له، مثل لفظ الطلاق، فإنه موضوع لإنهاء الحياة الزوجية، فلا يحمل على معنى آخر.

وإذا كان اللفظ يحتمل أكثر من معنى، وكانت كل معانيه تتضمن أحكاما، حملنا اللفظ على المعنى الحقيقي دون المجازي، إلا إذا تعذرت الحقيقة أو تعسرت، فإنه يحمل على المجاز عندئذ.

مثل قول الحالف: والله لأشربن من هذا النهر، فإنه لا يبر بشرب مائه في كوز، ولكن بالشرب منه مباشرة، لإمكان الحقيقة.

فإذا قال: والله لآكلن من هذه الشجرة، فأكل من ثمرها بر، لتعذر الأكل من خشبها وأوراقها، وكذلك لو قال: والله لأشربن من هذه البئر، فشرب من مائها بالدلو بر، لتعسر النزول إلى البئر عادة، وذلك طبقا لقاعدة فقهية كلية سوف تأتي، وهي: «الأصل في الكلام الحقيقة».

فإذا كان بعض معاني اللفظ يتضمن حكما شرعيا، والبعض الآخر لا يتضمن حكما ما، حمل اللفظ على ما يتضمن حكما دون المعنى الآخر الذي لا يتضمن حكما.

مثل قوله: عليَّ الطلاق، عليَّ الطلاق، مرتين، فإنه في المرة الأولى يحمل على إنشاء التفريق، وفي الثانية كذلك مع أنه في المرة الثانية يحتمل الإنشاء ويحتمل التأكيد، لكن إذا صرف إلى الإنشاء تضمن طلقة جديدة، وإذا صرف إلى التأكيد لم يتضمن طلقة جديدة، ولهذا فإنه يحمل على الإنشاء، لأن في حمله عليه إعمال الكلام، وفي حمله على التأكيد إهماله[(١)].

فإذا تعذر حمل اللفظ على معنى ما لأمر ذاتي فيه أو لقرينة خارجة عنه أهمل وألغي، وذلك مثل أن يوصي بمبلغ معين لمواليه، وله معتِقون ومعتَقون، فإن الوصية هنا تهمل، لأن لفظ المولي مشترك بين المعتِق والمعتَق، ولا يمكن تقديم أحدهما على الآخر فيهمل.

---

(١) هذا إذا لم يكن للحالف نية مخالفة، وإلا رجح جانب النية لاحتمال اللفظ لها.

ومثل أن يقول لرجل حر معروف النسب أكبر منه سنا: هذا ابني، فإنه لغو أيضا، لعدم إمكان حمله على المجاز أو الحقيقة، فيهمل.

هذا كله في الحكم الدنيوي القضائي، أما الحكم الأخروي الدياني فمبني على نية صاحب التصرف، فلو قال لزوجته: هي طالق، وهو ينوي أن يطلب منها ماء طلقت منه قضاء لا ديانة، وهكذا[١].

*** (٢) إذا تعذر إعمال الكلام يهمل (م ٦٢):**

هذه القاعدة تابعة للقاعدة التي قبلها وجزء منها أو تتمة لها، ومعناها أن اللفظ إذا تعذر حمله على معنى ما من المعاني التي يحتملها حقيقة أو مجازا ألغي وكأنه لم يكن.

والتعذر معناه الاستحالة، وذلك مثل أن يدعي على رجل أكبر منه سنا أنه ابنه، فإنه لغو، لاستحالة حمله على معناه، وهو ثبوت البنوة.

هذا والتعذر قد يكون عقليا، وقد يكون شرعيا، وقد يكون عرفيا.

فالتعذر العقلي كما تقدم من ادعائه بنوة من هو أكبر منه سنا.

والتعذر الشرعي كأن تدعي الصلاة في أيام حيضها، وكذلك الصوم وكل العبادات التي لا تصح مع الحيض.

أما التعذر العرفي فكأن يدعي شرب ماء البحر، أو السفر إلى أمريكا في دقيقة.

هذا وأنواع التعذر كلها تمنع إعمال الكلام على سواء، إلا أن يحتمل اللفظ معنى ممكنا، فإذا احتمل ذلك حمل على المعنى الممكن طبقا للقاعدة السابقة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»[٢].

---

(١) انظر ابن نجيم (ص١٦٨-١٨٢)، والسيوطي (ص١٤٢-١٥٠)، وشرح المجلة (١٥١-١٥٧)، والمدخل (٢ / ٩٨٧-٩٨٨).

(٢) انظر شرح المجلة (١/ ١٦٢-١٦٥)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٩٣-٩٩٤).

* **(٣) الأصل في الكلام الحقيقة (م ١٢):**

الحقيقة: هي المعنى الذي وضع اللفظ له أصلا، ويدل عليه بلا قرينة، **ويقابلها المجاز**: وهو المعنى المفهوم من اللفظ بواسطة قرائن تحف باللفظ على وجه لم يكن ليفهم منه هذا المعنى بدونها، وهو معنى تربطه بالمعنى الحقيقي علاقة.

وذلك مثل لفظ الشمس، فإنه حقيقة يدل على الشمس التي في السماء تنير للناس، وقد يطلق مجازا على المرأة الحسناء لعلاقة الوضاءة في كلٍّ.

وكذلك لفظ القتل، فإنه حقيقة في إزهاق الروح، وهو مجاز في الضرب الشديد لعلاقة الإيلام الشديد في كلٍّ.

فإذا أمكن حمل الكلام على معناه الحقيقي وجب حمله عليه، ولم يجز حمله على المجاز، فمن قال: والله لأشربن من هذا النهر، لم يبر بشربه من مائه، لإمكان الشرب منه كرعا[1].

* **(٤) إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز (م ٦١):**

هذه القاعدة تتمة للقاعدة السابقة عليها، فقد تقدم أن الأصل حمل الكلام على معناه الحقيقي المراد منه أصلا، فإذا تعذر حمله على معناه الحقيقي، تعين حمله على معناه المجازي.

فمن حلف ليأكلن من هذه الشجرة، وهي حقيقة في ساقها وأوراقها، وأكل ذلك متعذر، تعين حمل كلامه على المجاز، فيبر بالأكل من ثمرها.

وكذلك الحال إذا كانت الحقيقة متعسرة لا متعذرة، بأن كان في حمل الكلام عليها حرج فقط، كمن حلف ليشربن من هذه البئر، فإن النزول إليها ممكن لكنه عسير، ولذلك فإن الحلف يصرف إلى المعنى المجازي، وهو الشرب من مائها بدلو أو غيره.

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٣٤-٣٧)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٨٩-٩٩٠).

هذا والتعذر قد يكون عقليا، وقد يكون عرفيا، وقد يكون شرعيا كما تقدم.

فالتعذر العقلي كأن يحلف على الأكل من هذه الشجرة.

والتعذر العرفي كأن يحلف أن يأكل من هذه الحنطة، فإن الأكل من ساق الشجرة وأوراقها يمنعه العقل، أما الأكل من عين الحنطة فتأباه العادة، وهو ممكن عقلا بأن تطبخ أو تقلى.

وأما التعذر الشرعي فكأن يحلف لينكحن هذه المرأة، وهي أجنبية عنه، فإن كلامه يحمل على العقد لا الوطء لحرمة الوطء قبله، وهو مجاز فيه، إذ إن حقيقة النكاح الوطء.

وقد ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا عبرة بالتعذر العرفي هنا، بل يطلق الكلام معه على الحقيقة، فمن حلف على الأكل من هذه الحنطة لم يبر بأكل خبزها، ولكن بأكل عينها لإمكانه عقلا.

وذهب الصاحبان من الحنفية إلى إلحاق التعذر العرفي بالتعذر العقلي.

أما التعذر الشرعي فمعتبر عند الجميع.

ولابد من الانتباه هنا إلى أنه لا يجوز الجمع في اللفظ الواحد بين المعنى الحقيقي والمعنى المجازي عند الحنفية، ولكن يعمل أحدهما ويهمل الآخر، فمن حلف ليشربن من هذه البئر، لم يبر إلا بالشرب من مائها بدلو أو غيره، فإذا نزل إلى البئر وشرب منها كرعا لم يبر لإهمال الحقيقة.

ومن حلف ليأكلن من هذه الشجرة لم يبر بالأكل من ساقها وأوراقها لإهمال الحقيقة [1].

* (٥) الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م ٣٨):

الممتنع هو الأمر المستحيل الوقوع، كإحياء الميت، والطيران في الهواء بلا آلة.

---

(١) انظر شرح المجلة (١ / ١٥٧-١٦٢)، والمدخل الفقهي (٢ / ٩٩٠).

والممتنع نوعان:

١) ممتنع عقلا، وهو الممتنع حقيقة، كإحياء الميت، وشرب الكوز وليس في الكوز ماء.

٢) وممتنع عرفا، كشرب ماء البحر، والطيران في الهواء بلا آلة، والوصول إلى أمريكا في دقيقة.

وقد ربط الشارع الإسلامي أحكامه كلها بالإمكان، فلم يكلفنا بمستحيل ممتنع حقيقة (عقلا) وكذلك فإنه لم يكلفنا بممتنع عادة، لما فيه من الحرج والمشقة البالغة، فقد أسقط الصوم عن المريض الذي لا يستطيعه، وكذلك أسقطه عن المريض الذي يستطيعه بمشقة بالغة، وأسقطه عن المسافر للحرج مع أنه ممكن حقيقة.

وكذلك فإن كلام العقلاء يفسر بما هو ممكن كما تقدم في القاعدة السابقة: «إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز» فقد تقدم فيها أن التعذر نوعان عقلي وعرفي، وأنهما معا لهما حكم واحد عند الصاحبين.

والقاعدة هذه تعني أن كل ما ربط الشارع الحكم بإمكانه، أراد به الإمكان الحقيقي (العقلي) والعرفي، لأنهما سواء في التكليفات، أو في تفسير الكلام، أو غير ذلك.

إلا أن لهذه القاعدة استثناءات، كما أن في تطبيقاتها اختلافا بين الفقهاء.

فالإمكان الحقيقي (العقلي) في صحة اليمين شرط عند الحنفية جميعا.

فمن حلف ليشربن ماء هذا الكوز، وليس في الكوز ماء، لغت يمينه لعدم الإمكان العقلي.

أما الإمكان العرفي، فهو شرط عند زفر فقط دون الأئمة الثلاثة، فمن حلف ليشربن ماء البحر، انعقدت يمينه عند الأئمة الثلاثة للإمكان العقلي، ولغت عند زفر للاستحالة العرفية.

وإذا تزوج مشرقي بمغربية بينهما مسافة ستة أشهر، فجاءت الزوجة بولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد دون أن يثبت بينهما لقاء، فإن نسب الولد يثبت من أبيه على رغم الاستحالة هذه، لأنها هنا استحالة عرفية لا عقلية، لإمكان الاتصال بينهما بمعجزة، ولو ولدته لأقل من ستة أشهر من العقد لم يثبت نسبه منه للاستحالة الحقيقية(١).

* **(٦) المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة (م ٦٤):**

المطلق لدى علماء أصول الفقه: هو اللفظ الشائع في جنسه بلا شمول أو تعيين، أو هو اللفظ الدال على الذات دون الصفات، لا بالنفي ولا بالإثبات.

مثل لفظ رجل، فإنه مطلق لاشتماله على زيد وعمرو، ولفظ إنسان فإنه مطلق لاشتماله على رجل وامرأة، إلا أن لفظ رجل يعني فردا واحدا مطلقا، ولا يعني كل الأفراد المشمولين بإطلاقه، خلافا للعام فإنه يشمل كل أفراده، مثل: المطلَّقات، المؤمنون.

ولذلك قال علماء أصول الفقه: عموم العام شمولي، وعموم المطلق بدلي.

أما المقيد: فهو اللفظ الدال على الذات بصفة زائدة، فإذا حلف إنسان فقال: والله لأزورن رجلا، بر بزيارة أحمد أو محمود أو حسن، لأنه أطلق، ولم يقيد بصفة أو قيد أو شرط، فإذا قيد فقال: والله لأزورن أحمد، لم يبر بزيارة محمود أو حسن أو غيرهما.

وهذا هو معنى القاعدة: المطلق يجري على إطلاقه، فإذا قيده بصفة أو شرط أو قيد ما تقيد بالقيد الذي قيده به.

هذا والتقييد قد يكون ملفوظا بالنص، وقد يكون ملحوظا من غير لفظ، كقرائن الأحوال، والعرف.

---

(١) انظر شرح المجلة (١ / ٨٨-٩١)، والمدخل الفقهي (٢ / ٩٦٣)، وكتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف٢٤).

فإذا كان القيد منصوصا عليه، كقوله: بع كتابي هذا بألف ليرة سورية، كان وكالة مقيدة بهذا السعر، فإذا باعه بأقل منه اعتبر مخالفا متعديا، فإذا لم يقيده بسعر معين نصا تقيد بثمن المثل، لأنه المتعارف عند الإطلاق، فإذا لم يكن هناك عرف جارٍ كان له بيعه بأي سعر كان.

وكذلك إذا قال له: بعه بالسعر الذي تريد، فإنه يجوز له أن يبيعه بأي سعر كان للإطلاق لفظا.

هذا هو التقييد بالنص أو بالعرف، أما التقييد بقرائن الحال فمثل أن يوكل إنسان آخر بشراء أضحية له فيشتريها له بعد العيد، فإنه يُعَدُّ مخالفا متعديا، وتتقيد الوكالة بما قبل العيد لدلالة قرائن الحال عليه.

وكذلك لو وكل عتال زميلا له لشراء دابة له، ليستعين بها في عمله، فاشترى له فرسا جميلة، فإن الشراء لا ينفذ عليه، ويعتبر الوكيل مخالفا لتقييد الوكالة بالدابة الصالحة للعمل بقرائن الأحوال.

هذا ولا بد من الانتباه هنا إلى أن القيد المعتبر هو القيد المفيد المقدور عليه، فإذا كان القيد غير مفيد أو غير مقدور عليه كان لغوا، وبقي النص على إطلاقه.

فالقيد غير المفيد مثل أن يضارب رجل رجلا في ماله، ويشترط عليه أن يبيعه في سوق كذا من المدينة، فإنه قيد غير مفيد لاستواء الأسواق في البيع، فلو باعه في غير السوق التي قيده بها لم يكن متعديا، ولو باعه في غير البلد الذي قيده به كان متعديا للزوم التقييد بالبلد للإفادة، وعدم لزوم التعيين بالسوق لعدم الإفادة.

أما القيد غير المقدور عليه، فكأن يودعه مبلغا من المال، ويشترط عليه حفظه في يده ليل نهار، فإنه قيد غير مقدور عليه، ولذلك فإنه لا يلزم ويكون للوديع حفظ الوديعة في حرز مثلها مطلقا [1].

---

(١) انظر شرح المجلة (١ / ١٦٨-١٧٣)، والمدخل الفقهي (٢ / ٩٩٠-٩٩٢).

*** (٧) ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله (م ٦٣):**

هذا نص القاعدة في المجلة، وقد مشى على ذلك ابن نجيم في الأشباه والنظائر، أما السيوطي فقد أورد هذه القاعدة بلفظ آخر، وهو: «ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله».

واللفظان متقاربان إلا أن لفظ المجلة أخصر، ولذلك كان هو المفضل عندي.

- **ومعنى القاعدة أن الأشياء من حيث تماسك وحدتها على قسمين:**

١) أشياء متماسكة لا تقبل التبعيض بحال، وإلا تضررت وخرجت عن كنهها، كالطلقة الواحدة، والقصاص، وحق الشفعة.

٢) أشياء تقبل التبعيض دون ضرر، مثل الدية، والديون، والعقار.

فأما الأشياء الأولى التي لا تقبل التبعيض، فذكر بعضها كذكر كلها في الأحكام الشرعية، من عقود والتزامات.

فإذا عفا أحد أولياء الدم مثلا عن حقه في القصاص سقط القصاص كله، وانتقل حق الباقين من الأولياء إلى الدية، لعدم تجزؤ القصاص.

وكذلك إذا قال رجل لزوجته: هي طالق نصف طلقة، فإنها تطلق طلقة كاملة لعدم تجزؤ الطلاق.

وإذا أسقط الشفيع نصف شفعته سقطت كلها، وهكذا.

أما القسم الثاني الذي يقبل التبعيض فلا يكون الحكم فيه كذلك، ولا يدخل في الحكم منه إلا الجزء المذكور لا غير، فإذا أسقط أحد أولياء القتيل قتلا خطأ حقه في الدية مثلا، لم تسقط الدية للباقين، لإمكان تجزؤ الدية.

وإذا أسقط أحد الغرماء حقه في الدين لم يسقط الدين عن المدين في حق باقي الغرماء.

ولو باع أحد الشركاء حصته في الدار، لم ينفذ البيع على الشركاء الآخرين، بل على البائع في حصته فقط [(١)].

* **(٨) الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر (م ٦٥):**

وصف الشيء: أن تذكر له عرضا يميزه عن غيره، وهو قيد ويقابله الإطلاق.

فإذا باع رجل سيارته ووصفها بأنها سوداء فقد قيدها بالسواد، ولو باعها من غير وصف فقد أطلق، وقد تقدم في قاعدة سابقة (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد) [(٢)] أن القيد معتبر، سواء أكان منصوصا عليه أو كان ثابتا بدلالة قرائن الحال أو العرف.

وهذه القاعدة قيد في القاعدة السابقة، حيث إن القاعدة السابقة أطلقت اعتبار الوصف، وهذه قيدته بالغائب فأخرجت عنه الوصف في الشيء الحاضر.

فلو باع رجل سيارته ووصفها بأنها سوداء، وهي بيضاء، فإن كانت حاضرة في مجلس البيع والمشتري يراها لم يصح هذا القيد، بل يلغو وينفذ البيع، وهي بيضاء، وليس للمشتري خيار، ولو كانت غير حاضرة في مجلس العقد بحيث لا يراها المشتري، صح هذا العقد، وخير المشتري لمخالفتها الوصف المنصوص عليه، وهو مثبت لخيار فوات الوصف.

فإذا كان المبيع حاضرا، ووصفه البائع بأوصاف ليست موجودة فيه وكان من المتعذر على المشتري كشفها في الحال، كمن باع قماشا لآخر ووصفه بأنه من صنع ألمانيا فإذا به من صنع إيطاليا، وكان من الصعب على المشتري كشفه في الحال، فإن الوصف هنا يلحق بالغائب لا الحاضر، فيعتبر الوصف، ويخير المشتري، ذلك أن العبرة للانكشاف وعدمه، وليست للحضور الظاهري وعدمه[(٣)].

---

(١) انظر ابن نجيم (١ / ١٩٥-١٩٦)، والسيوطي (ص١٧٨-١٧٩)، وشرح المجلة (١/ ١٦٥-١٦٨)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٩٢-٩٩٣).

(٢) انظر المادة (٦٤) من المجلة.

(٣) انظر شرح المجلة (١ / ١٧٤-١٧٦)، والمدخل الفقهي (١/ ٣٨٩-٣٩٠).

*** (٩) السؤال معاد في الجواب (م ٦٦):**

كلام الإنسان إما أن يكون كلاما مبتدأ، وإما أن يكون جوابا عن سؤال سابق، فإذا كان كلاما مبتدأ ربط الحكم الناتج عنه بالمعنى الذي أفاده اللفظ دون ملاحظة كلام آخر خارج عنه، مثل قوله لزوجته: هي طالق، فإنه يقع به طلقة واحدة، ولو قال لها: هي طالق ثلاثا، وقع به طلقات ثلاث، وهكذا.

فإذا كان الكلام جوابا عن سؤال، كقول المرأة لزوجها: طلقتني واحدة؟، فيقول لها: نعم، أو طلقتك واحدة، أو ثلاثا، فهذا الجواب إما أن يكون مفيدا بنفسه معناه، وإما أن يكون مبهما غير مفيد بنفسه أي معنى.

فإذا كان الجواب مفيدا معنى بنفسه، ربط الحكم بما فهم منه من معنى دون النظر إلى السؤال، كما إذا سألته زوجته فقالت: هل أنا طالق ثلاثا؟ فقال لها: أنت طالق واحدة، فإنها تطلق واحدة فقط، ولا عبرة بما جاء في السؤال.

وإذا كان الجواب غير مفهم بنفسه أي معنى، كما إذا سألته زوجته قائلة: هل أنا طالق ثلاثا؟ فقال لها: نعم، أو قالت له: ألست طالقة ثلاثا؟ فقال لها: بلى، طلقت ثلاثا بذلك، لأن الجواب بنعم وبلى جواب مبهم لا يفيد بنفسه أي معنى إذا لم يلاحظ فيه ما جاء في السؤال، ولذلك ينزل منزلة قوله: نعم أنت طالق ثلاثا، وبلى أنت طالق ثلاثا، وذلك صيانة لكلام العاقل عن اللغو ما أمكن، وتطبيقا لقاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» (١).

وإذا أردنا ضبط هذه القاعدة قلنا: «السؤال معاد في الجواب إذا كان الجواب مبهما».

ولهذا أمثلة كثيرة، منها:

١) قال رجل لآخر: إن لي عندك ألف ليرة سورية، فهل تقر بذلك؟، فقال الآخر: نعم، فإنه إقرار بألف الليرة السورية.

---

(١) انظر المادة (٦٠) من المجلة.

٢) قال لآخر: بعت عنك كتابك الفلاني بمئة ليرة سورية، فهل تجيز ذلك؟ فقال: أجزت ذلك، فإنه إجازة للبيع، وإنفاذ له بالشروط التي تم بها، وهو بمثابة قوله: أجزت بيعك الكتاب الفلاني عني بمئة ليرة سورية، وهكذا [١].

*** (١٠) الكتاب كالخطاب (م ٦٩):**

الرضا ركن العقود الشرعية كلها، وكذلك كل التصرفات القولية التي ينيط بها الشارع أحكاما شرعية، فإن صحتها وانعقادها منوطان بالرضا، إن وجد انعقدت وصحت وإلا بطلت.

فإذا باع صغير غير مميز سلعته من آخر كان بيعه باطلا لانعدام الرضا، إذ لا رضا معتبرا منه، وكذلك الهازل، فإن عقوده وتصرفاته جميعا غير صحيحة، لانعدام الرضا بها[٢].

إلا أن الرضا أمر باطني خفي غير ظاهر، فلا يصلح علة لربط الأحكام به لذلك، تبعا للقاعدة الأصولية: «إذا كانت العلة غير ظاهرة أو غير منضبطة ألغيت، وأنيط الحكم بما هو مظنة لها» [٣].

ولهذا فإن الفقهاء استبدلوا بالرضا هنا ما هو مظنة له ودليل عليه، وهو الإيجاب والقبول، فقالوا: ركن البيع الإيجاب والقبول، وركن النكاح الإيجاب والقبول...، وهم يعنون أن ركن هذه العقود إنما هو الرضا المتبدي بالإيجاب والقبول.

إلا أن اللفظ ليس هو الوحيد المعبر عن الرضا، وإن كان هو المعبر الأول عنه، فهنالك الفعل، وهنالك الكتابة، وهنالك الإشارة، وكلها معبر عن الرضا.

---

(١) انظر ابن نجيم (١ / ١٨٣-١٨٤)، والسيوطي (ص١٥٧-١٥٨)، وشرح المجلة (١/ ١٧٧-١٨١)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٩٣).

(٢) يستثنى من ذلك عقود خمسة فإنها تصح مع الهزل عند الحنفية، وهي: (النكاح، الطلاق، العتاق، النذور، الأيمان) وذلك استحسانا. انظر كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف ١٩).

(٣) انظر كتابنا بحوث في علم أصول الفقه (ف ٥٥).

وقد أخذ الفقهاء بها جميعا، وأحلوها محل الرضا في كل ما هو شرط له إلا أن لذلك قيودا وأحكاما.

فالقول (الإيجاب والقبول) بديل عادي عن الرضا، ولهذا فإنه يحل محله ويعطى حكمه ما دام الرضا أمرا خفيا، فإذا ظهر وتبدى للعيان سلبا أو إيجابا، أنيط الحكم به وألغيت بدلية الكلام عنه.

فمن قال لآخر وهو بالغ عاقل: بعتك كتابي هذا، فقال الآخر: قبلت، انعقد بذلك عقد البيع دون نظر إلى حقيقة الرضا لخفائه.

فإذا كان البائع أو المشتري أو كل منهما صغيرا غير مميز أو مجنونا، لم ينعقد البيع بالإيجاب والقبول منهما لانعدام الرضا يقينا.

أما الفعل، فهو كالقول عند جمهور الفقهاء في نيابته عن الرضا، ولهذا أجازوا البيع وسائر المعاوضات بالتعاطي[١].

وأما الكتابة والإشارة فهما بدل ضروري عن القول عند الحنفية، ولهذا فإنه لا يؤخذ بهما في النيابة عن الرضا إلا عند تعذر القول، فإذا لم يكن الكلم متعذرا لم يؤخذ بهما، وفقا للقاعدة: «لا عبرة بالبدل مع القدرة على الأصل».

فإذا تعذر الكلام كالأخرس، اعتبرت الإشارة والكتابة منه نائبا عن الرضا في كل تصرفاته القولية، ويكون عندها الكتاب كالخطاب منه، وكذلك الإشارة.

أما من يستطيع الكلام فهل تعتبر كتابته كقوله؟

الأصل عدم الاحتجاج بكتابته ما دام قادرا على الكلام، لأنه قادر على الأصل، فلا يعدل عنه إلى البدل.

إلا أن الكلام قد يتعذر منه في أحوال خاصة، أهمها الغيبة عن مجلس العقد، كمن كان في دمشق وأراد شراء شيء من حماة أو من مكان آخر في دمشق نفسها، فإنه من المتعذر عليه في هذه الحال إجراء العقد بالخطاب، ولهذا اتفق الفقهاء

---

(١) يستثنى من ذلك عقد النكاح فإنه لا ينعقد بالتعاطي لاشتباهه بالزنا.

على جواز إحلال كتابه محل خطابه في هذه الحال، فيكتب كتابا يبين فيه رغبته في الشراء ويرسله إلى من يريد الشراء منه، فإذا وصل الكتاب إليه ووافق على البيع تم العقد، وإلا فلا.

أما الحاضر فهل يحل كتابه محل خطابه؟

الجواب: لا، عند الحنفية، لأنه قادر على الأصل كما تقدم، إلا أنني لم أجد فيما بين يدي من مصادر الحنفية من صرح بذلك تصريحا واضحا، وإن كان مضمون كلام الفقهاء يفيد ذلك، فقد جاء في شرح المجلة: «ولأن الكتاب من الغائب إذا كان كالخطاب للعجز ففي حق الأخرس أولى» (١)، كما جاء في الدر المختار: «فلا ينعقد -أي: النكاح- بقبول بالفعل كقبض مهر، ولا بتعاط، ولا بكتابة حاضر، بل غائب» (٢).

هذا عند الحنفية، وذهب الشافعية في الأصح إلى قبول الكتابة من الحاضر والغائب على سواء.

هذا وللكتابة المقبولة شرطان:

١) **أن تكون مستبينة، أي**: واضحة مستقرة، كأن تكون مرسومة على خشب أو ورق أو زجاج أو حديد، فإذا كانت على الهواء، أو على الماء لم يعتد بها.

٢) **أن تكون مرسومة، أي**: مكتوبة بطريقة معتادة مألوفة يفهم منها أن صاحبها قصد بها ما تتضمنه من معنى، وهذا أمر يتغير بتغير العرف والزمان.

ففي زماننا هذا للعقود صيغ معروفة، ولصكوك الدَّين صيغ أخرى يعرفها التجار وكل من يتعامل بها من الناس، فإذا كانت الكتابة مستوفية شروطها هذه قبلت وجعلت معبرة عن الرضا، وإلا ألغيت ولم يعتد بها.

هذا إلى جانب الشرط الثالث الأساسي عند الحنفية: وهو تعذر الخطاب

---

(١) شرح المجلة (١ / ١٩٣).

(٢) الدر المختار في هامش ابن عابدين عليه (٣ / ١٢).

كالغيبة والخرس، وإلا لم يعتد بالكتابة.

والخلاصة: أن القاعدة «الكتاب كالخطاب» مما أطلق، وأريد به المقيد عند الحنفية، وإذا أريد التفصيل قيل: «الكتاب حين تعذر الخطاب كالخطاب» (١).

وأما الشافعية فعلى القول الأصح تبقى على إطلاقها عندهم.

*** (١١) الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان (م ٧٠):**

هذه القاعدة مشابهة للقاعدة السابقة، إلا أن السابقة تبحث في الكتابة، وهذه في الإشارة.

فالإشارة لدى الأخرس معبر عن الرضا كالكتابة، وبما أن الأخرس عاجز عن التعبير عن رضاه باللفظ اعتبرت إشارته بديلا عن اللفظ، إلا أنه بديل ضروري كالكتابة، فلا يعتد بها من غير الأخرس لعدم الضرورة.

وهل تصح الإشارة من الأخرس مع قدرته على الكتابة؟

الحنفية على أن الإشارة عن الأخرس مقبولة مع القدرة على الكتابة، لأن كلا من الإشارة والكتابة يدل على القول، فإذا كان القول متعذرا أخذ بأي من البديلين على سواء، وهذا هو القول المعتمد لديهم.

وهنالك قول آخر لدى الحنفية يذهب إلى عدم الاعتداد بالإشارة مع المقدرة على الكتابة، لأن الكتابة أقوى في التعبير عن الرضا من الإشارة، فلا يعدل عنها إلى الإشارة مع القدرة عليها.

هذا في كل العقود والتصرفات القولية التي يرتب الشارع عليها أحكاما شرعية، باستثناء الحدود، فإنها لا تقام على الأخرس بموجب إشارته، لأنها مما يدرأ بالشبهة، وفي دلالة الإشارة على الإرادة الباطنة شبهة، فلا يعتد بها فيها.

---

(١) انظر ابن نجيم (٣ /١٨٦-١٩٩)، وشرح المجلة (١/ ١٩٠-١٩٣)، والدر المختار (٣/ ١٢)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٨٦)، والسيوطي (ص٣٣٤-٣٣٨).

ثم إن للإشارة المقبولة شرطين لابد من توافرهما، وهما:

١) أن تكون إشارة معهودة معروفة، فلو كانت غامضة غير واضحة المعنى لم يعتد بها.

٢) أن يكون الأخرس دائم الخرس، فإذا كان متكلما ثم اعتقل لسانه، فإن استمرت عقلته سنة فأكثر قبلت إشارته في قول ضعيف للحنفية، والقول الصحيح أنه لا يعتد بإشارته ما لم تستمر عقلته إلى الموت، وعلى هذا فإن كل تصرفاته وعقوده بالإشارة أثناء عقلة لسانه موقوفة على وفاته، فإن توفي معتقل اللسان نفذت، وإلا بطلت.

فأما المتكلم فلا عبرة بإشارته مطلقا إلا في أربعة أمور، فإنها تصح وتنعقد منه بإشارته على رغم قدرته على النطق لخطورتها، وهي: (الكفر- الإسلام- النسب- الإفتاء)، وذلك استحسانا لنصوص خاصة[1].

***

(١) انظر ابن نجيم (٣/ ١٩٩-٢٠٢)، وشرح المجلة (١/ ١٩٣-١٩٨)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٨٦)، والسيوطي (ص٣٣٨-٣٤٢).

ثالثا: نظرية مراعاة المصالح

المصلحة ضد المفسدة، والمصلحة مقصود الشارع، فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله، فما من أمر أو نهي عن الشارع إلا وفيه تحقيق مصلحة بجلب خير أو دفع شر، إلا أن ذلك قد يتبدى لنا، وقد يخفى علينا.

فإذا تبدى لنا قسنا عليه، وإن خفي عنا تعبدنا بالتسليم إلى الله تعالى والامتثال لأمره.

والمصلحة أمر نسبي في الغالب، فكثير من المصالح فيه بعض المفاسد كالجهاد، وكثير من المفاسد فيه بعض المصالح كالخمرة، والعبرة للجهة الغالبة دائما.

وقد ضبط الفقهاء المصالح الشرعية، وقسموها إلى أقسام مختلفة، وذلك بمجموعة من القواعد الكلية، منها:

* (١) لا ضرر ولا ضرار (١٩):

هذه القاعدة نص حديث شريف صحيح رواه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عدد من الصحابة، منهم أبو سعيد الخدري، وابن عباس، وعبادة بن الصامت رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ.

وأخرجه عنهم الحاكم والبيهقي والدراقطني وابن ماجه وأحمد، كما أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلا[١].

والضرر في اللغة: ضد النفع، والضرار في اللغة: المضارة[٢].

أما في الاصطلاح، فقد اختلف الفقهاء في التفريق بين الضرر والضرار على أقوال، هي:

---

(١) انظر الموطأ (ص٤٦٤).

(٢) انظر المصباح المنير ومختار الصحاح، مادة «ضرر».

١) الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، والضرار إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة، دون ملاحظة الجزاء.

٢) الضرر أن يدخل على غيره ضررا بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضررا بما لا منفعة له به.

الضرار هو المضارة، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾(١).

ومعنى القاعدة هذه النهي عن الإضرار بالناس مطلقا، سواء أكان الإضرار مبتدأ، أم بعد ضرر سابق عليه، هذا إذا لم يكن الإضرار بعد ضرر سابق عليه على وجه الجزاء، فإذا كان على وجه الجزاء جاز بقدره دون زيادة إذا لم يغن غيره عنه، وإلا منع أيضا.

وهو هنا في الحقيقة مجازاة، وليس إضرارا، وذلك مصداق لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾(٢).

وهذه القاعدة ذات تطبيقات واسعة في الأحكام الفقهية، من ذلك على سبيل المثال:

١) منع الغش والتدليس والغرر في البيع، لما فيه من الإضرار المبتدأ بالمشتري، وهو منهي عنه.

٢) الحجر على السفيه، والمفتي الماجن، والمكاري المفلس، والطبيب الجاهل، لما في أعمالهم من إضرار بأنفسهم وبالآخرين.

٣) إثبات حق الشفعة للشريك والجار، وذلك دفعا لضرر المشتري الجديد (المحتمل) عليهما.

٤) من أتلف مالا لآخر لم يجز للمتلف له أن يتلف مال المتلف، ولو بقدر

(١) الآية (٢٣٣) من سورة البقرة.

(٢) الآية (١٩٤) من سورة البقرة.

ما أتلف له، ولكن يلجأ إلى طلب التعويض عن التالف لغنائه عنه[١].

* (٢) الضرر يزال (م ٢٠):

هذه القاعدة بمثابة تتمة للقاعدة السابقة، فإذا كانت قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» تنهى عن الضرر والضرار، فإن هذه تعالج الضرر إذا وقع، فتنص على أن كل ضرر بالآخرين معاقب عليه بالإزالة، إلا أن ذلك مقيد بقدره، وفي حدود الضرورة، وذلك ترميما لآثاره، وتخفيفا من وطأته، وتحقيقا للعدالة بين الناس، وإلا كان إضرارا مبتدأ ولم يكن إزالة للضرر السابق.

ولهذه القاعدة تطبيقات وأمثلة كثيرة، منها:

١) إذا باع إنسان من آخر سلعة معينة، ولم يكشف له عن العيب الذي فيها، فإن للمشتري خيار فسخ العقد، دفعا وإزالة للضرر عن نفسه.

٢) إذا قتل إنسان آخر عمدا، جاز لأولياء دمه ان يطالبوا بقتل القاتل قصاصا، وذلك رفعا للضرر الذي أصابهم بالقتل.

٣) إذا أتلف إنسان مالا لآخر، ضمن في ماله قيمة ما أتلف، وذلك رفعا لضرر الإتلاف عن المتضرر.

إلا أن لهذه ضوابط تقيد إطلاقها، سوف يأتي ذكرها في شرح القواعد اللاحقة[٢].

* (٣) الضرر يدفع بقدر الإمكان (م ٢١):

إن كانت القاعدة السابقة توجب إزالة الضرر بعد وقوعه، فهذه توجب العمل على منع وقوعه قبل أن يقع وقاية منه، إلا أنها تشترط أن يدفع بأقل ضرر ممكن، لا يزاد على ذلك، فما كان من الضرر يدفع بقليل لا يجوز دفعه بكثير، وهكذا، أخذا بمبدأ ضرورية الدفع.

---

(١) انظر ابن نجيم (١ / ١١٨)، والسيوطي (ص٩٢)، وشرح المجلة (١/ ٥٢-٥٣)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٦٣-٩٦٦).

(٢) انظر ابن نجيم (١ / ١١٨)، والسيوطي (ص٩٢)، وشرح المجلة (١/ ٥٣-٥٤)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٦٩).

هذا ما لم يترتب على دفع الضرر ضرر أكبر منه، وإلا لم يجز دفعه للضرر الأكبر، تطبيقا لقاعدة: «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا».

ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها:

١) مشروعية الجهاد، فإنه لدفع ضرر الأعداء المتوقع، ولهذا وقف فيه على قدر الحاجة.

٢) مشروعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وذلك دفعا لضرر المنكر وعمومه وانتشاره، وقد وضع الفقهاء لذلك درجات ستا هي:

١- البيان والتوضيح، والتعريف بالمنكر.

٢- النصح والإرشاد.

٣- التعنيف والتوبيخ والتقريع باللسان.

٤- التغيير باليد.

٥- التهديد بالضرب أو القتل.

٦- الضرب أو القتل فعلا[١].

فلا يجوز لمن أراد أن ينكر المنكر أن يرتقي درجة مع غناء درجة دونها عنها، فإذا تخطى ذلك كان معتديا لأن الأمر بالمعروف يجب أن يكون بقدر الحاجة وقدر الإمكان، قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا﴾[٢].

٣) إذا كان لدار مالكان، وقد تصدع بعض الدار، ورفض أحد الشريكين ترميمها، فإنه يجبر على ذلك قضاء إذا تعذرت قسمتها، دفعا للضرر عن شريكه[٣].

٤) إذا جاع رجل جوعا خشي معه على نفسه الهلاك، حل له سرقة مال غيره الزائد عن حاجته إذا امتنع عن بيعه له، دفعا للهلاك عن نفسه، إلا أنه يضمن قيمة ما سرق، لأن الدفع يكون بقدر الإمكان.

---

(١) انظر بحثنا: «دعوى الحسبة في المسائل الجنائية في الشريعة الإسلامية».

(٢) الآية (٣٤) من سورة النساء.

(٣) انظر شرح المجلة (١/ ٧١-٧٥)، والمدخل الفقهي (٢ / ٩٦٧-٩٦٨).

٥) إن المحتكر للطعام عند شدة حاجة الناس إليه يؤمر ببيعه إزالة لتضرر الناس بالجوع، فإذا امتنع عن ذلك، حبس وعزر حتى يبيع بنفسه، ولا يباع ماله عليه جبرا، وذلك لأن الدفع يكون بقدر الإمكان[١].

*** (٤) المشقة تجلب التيسير (م ١٧):**

هذه القاعدة هي مضمون آيات كثيرة وردت في كتاب الله تعالى، فمن ذلك على سبيل المثال قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[٢]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[٣].

فإن الله تعالى شرع للناس أحكاما تيسر لهم أمور عيشهم، وتخفف عنهم من أعباء الحياة ومشاقها، من ذلك مشروعية البيع والإجارة والشركة والقرض، فإن ذلك ييسر للناس سبيل العيش، ولولاه لكانوا في ضيق عظيم.

ثم إن الله تعالى خفف عن الناس كذلك ما يشق عليهم من أحكام شرعها لهم إذا ما أصابهم عذر، أو حل بهم ما يجعل تلك الأحكام عسيرة وشاقة عليهم، مثل الصلاة والصوم فإنهما يسقطان عن العاجز عنهما، ويؤجل الصوم عمن عسر عليه القيام به كالمسافر، وكذلك الحج وسائر العبادات الأخرى.

والصغر سبب لسقوط التكليف، وكذلك الجنون، والسفر سبب لقصر الصلاة وجمعها، وفقدان الماء سبب لجواز التيمم، والنسيان في رمضان سبب لعدم المؤاخذة بالأكل والشرب.

وهكذا فإن المشقات كانت سببا للتخفيف عن المكلفين رحمة ومنة من الله تعالى، ولهذا فإن التخفيف مربوط بها وجودا وعدما، فالمسافر يحل له الفطر في رمضان ما دام مسافرا، فإذا أقام وجب عليه الصوم، وهكذا.

---

(١) انظر شرح ابن نجيم (١/ ١١٨-١٢٦)، والسيوطي (ص٩٥-٩٧)، وفي شرح المجلة (١/ ٧١-٧٤)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٦٧-٩٦٨).

(٢) الآية (١٨٥) من سورة البقرة.

(٣) الآية (٧٨) من سورة الحج.

هذا والمشقة المرادة هنا هي المشقة الزائدة المجاوزة للحدود العادية، وإلا لم تعتبر أصلا، فالمريض القادر على الصوم مع ألم بسيط لا يحل له الفطر، فإذا أصابه من ذلك ضرر كبير جاز له الفطر، وكذلك عديم الماء لا يحل له التيمم حتى يكون الماء بعيدا عنه، فإذا كان قريبا منه يستطيع الحصول عليه بمشقة بسيطة لم يجزئه التيمم[١]، وهكذا.

*** (٥) الأمر إذا ضاق اتسع (م ١٨):**

هذه القاعدة بمثابة تكرار للقاعدة السابقة: «المشقة تجلب التيسير» بألفاظ أخرى، إذ إن معنى ضيق الأمر هو المشقة، ومعنى الاتساع التيسير، وهي قاعدة طردية عكسية، أي: إن الأمر إذا ضاق اتسع، وإذا اتسع ضاق أيضا.

مثال ذلك: إباحة التيمم لمن لم يجد الماء، فإذا وجده لم يبح له التيمم، وكذلك إباحة أكل الميتة للمضطر، فإذا زالت حالة الضرورة ارتفع الحل، وهكذا[٢].

***

(١) انظر ابن نجيم (١ /١٠٥-١١٧)، والسيوطي (ص٨٤-٩٢)، وشرح المجلة (١/ ٥١-٥٨)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٧٧-٩٨٠).

(٢) انظر ابن نجيم (١/ ١١٧)، والسيوطي (ص٩٢)، وشرح المجلة (١/ ٥١-٥٢)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٨٠).

رابعا: نظرية الأخذ بالاستصحاب

الاستصحاب معناه سريان الحكم الشرعي الثابت سابقا للشيء حتى يقوم دليل على زواله، كالحكم بحياة المفقود حتى تثبت وفاته، والحكم بطهارة ماء المطر حتى تثبت نجاسته.

والاستصحاب دليل شرعي معتدٌّ به ما لم يغلبه دليل آخر أقوى منه، وإلا ألغي بالدليل الأقوى.

ولذلك قواعد وضوابط، منها:

❋ **(١) اليقين لا يزول بالشك (م ٤):**

درجات الإدراك للأشياء عند الأصوليين خمس، هي:

١) **اليقين**، ويسمى: العلم والقطع والجزم، وهو جزم القلب بالشيء وجودا أو نفيا مع الاستناد إلى الدليل القطعي.

٢) **طمأنينة الظن**، وتسمى غلبة الظن، وهي رجحان أحد الجانبين على الجانب الآخر رجحانا مطلقا، يطرح معه الجانب الآخر.

٣) **الظن**: وهو رجحان أحد الجانبين على الجانب الآخر رجحانا لا يطرح معه ذلك الجانب.

٤) **الشك**: تساوي الطرفين، وعدم ترجح أحدهما على الآخر.

٥) **الوهم**: هو الجانب المرجوح الذي رجح غيره عليه، فهو بهذا يقابل الظن.

فإذا ثبت شيء لدى إنسان بيقين، ثم طرأ عليه شك بخلافه، لم يتغير اليقين في الحكم، ولا عبرة بالشك لرجحان اليقين، فإذا كان الطارئ وهما لم يعتبر من باب أولى.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة في الفقه، منها:**

١) إذا رأى إنسان ماء في بادية قد تغير لونه، وهو لا يدري: هل التغير لنجاسة وقعت فيه، أم لطول المكث؟ وهما محتملان على التساوي، فالحكم أن الماء طاهر، لأن أصل الماء هو المطر أو الثلج أو العين، وكل هذا طاهر بيقين، فلا يزول ذلك بالشك في وقوع النجاسة فيه.

٢) إذا توضا إنسان، ثم مضى عليه وقت توهم أو شك فيه أنه نقض وضوءه، حكم ببقاء وضوئه، لأن طهارته به متيقنة، فلا يحكم بزواله بتوهم أو شك.

٣) لو نقض إنسان وضوءه، ثم توهم أو شك أنه توضأ بعد ذلك، فالحكم أنه غير متوضئ، لغلبة اليقين.

٤) إذا هلكت الوديعة عند الوديع، وشككنا في تعديه، حكمنا بعدم الضمان، لأن الأمانة فيه متيقنة بدلالة الإيداع لديه، فلا يحكم بزوالها بالشك الطارئ.

وهذه القاعدة تعبر عن مصدر من المصادر التبعية في الشريعة الإسلامية، وهو الاستصحاب، ومعناه الحكم ببقاء المتيقن إلى أن يثبت زواله بدليل قوي.

إلا أن الاستصحاب عند الحنفية حجة في الدفع (فيما كان)، لا في الاستحقاق (فيما يستجد).

مثال ذلك: رجل غاب عن بلده غيبة منقطعة لم يعرف له فيها مقر، ولم يعرف أحي هو أم ميت؟ فإنه يعد حيا فيما كان له، بدلالة الاستصحاب، وهو تيقن حياته عند غيابه، فلا يورث ماله، ولا تبين زوجته، وأما فيما لم يكن له فلا يعد حيا فيه، فلا يرث أحدا من أقاربه مات بعد غيابه[1].

* (٢) الأصل بقاء ما كان على ما كان (م ٥):

هذه القاعدة في مؤدى القاعدة السابقة تماما، ومعناها أن ما حكم بثبوته

---

(١) انظر ابن نجيم والحموي عليه (١ / ٨٤-٨٦)، وشرح المجلة (١/ ١٨-١٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٥٤) وكتابنا بحوث في علم أصول الفقه (ف ٦٤).

بيقين يبقى كذلك ولا يتغير إلا عندما يثبت خلافه بعد ذلك بدليل قوي، وذلك مثل:

١) أن يدعي إنسان على آخر دينا، فينكر المدعى عليه ذلك، فإنه يحكم بانتفاء الدين ما لم تقم بينة على ثبوته، لأن انتفاءه وبراءة ذمة المدين منه هي الأصل المتيقن، لأن الناس يولدون وذمتهم بريئة، فلا يزول ذلك الوصف عنه لعدم الدليل القوي.

٢) أن يدعي إنسان على آخر بدين، فيقر المدعى عليه به، ثم يدعي وفاءه، فإنه يحكم ببقاء الدين، لأنه ثابت بالإقرار، إلا أن تقوم بينة للمدعى عليه بإيفاء الدين، فإنه يحكم ببراءته منه[1] بها لأنها دليل قوي.

* (٣) الأصل براءة الذمة (م ٨):

الذمة: وعاء اعتباري يقدر وجوده في الإنسان لتتعلق به الديون والالتزامات الثابتة عليه.

وهذه القاعدة في معنى سابقتها، إلا أنها أخص منها، فتلك تعم الأحكام كلها، وهذه تخص الديون فقط، فهي بذلك تطبيق لها.

ومعناها أن المتيقن من حال الناس هو براءة ذمتهم عن كل دين أو التزام، لأنهم يولدون كذلك، فإذا ادعى على أحدهم بدين، كان لابد من إثبات المدعى به، وإلا لم يؤبه له، وحكم ببراءة الذمة منه، أخذا بالأصل المتيقن، وقد تقدم بعض أمثلة ذلك في شرح القاعدة السابقة[2].

* (٤) الأصل في الصفات العارضة العدم (م ٩):

هذه القاعدة في معنى قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» إلا أنها أخص

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ٨٧)، وشرح المجلة (١/ ٢٠-٢٣)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٥٤).

(٢) انظر ابن نجيم (١/ ٨٩)، والسيوطي (ص٥٩)، وشرح المجلة (١/ ٢٥-٢٧)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٥٦).

منها، فهذه تخص نوعا واحدا من الأحكام، وهي الأحكام المتعلقة بصفات الأشياء المحكوم عليها دون سابقتها، فهي تطبيق ثان لها.

وقد ذكرها أستاذنا مصطفى الزرقاء في مدخله بلفظ: «الأصل في الأمور العارضة العدم»، ليدخل الصفات وغيرها، وقد أوردها ابن نجيم والسيوطي بلفظ: «الأصل العدم».

ومعنى هذه القاعدة تقرير حقيقة أن الأصل المتيقن في الأشياء التي يحكم عليها شرعا خلوها عن كل صفة عارضة غير أصلية، ولذلك لا يحكم بوجود هذه الصفة فيها، إلا إذا قام دليل قوي يثبت به وجود هذه الصفة العارضة فيها، وذلك على خلاف الصفات الأصلية، فإنها ثابتة في الأصل فلا تحتاج إلى إثبات.

- **ولذلك أمثلة، منها:**

١) اشترى إنسان من آخر سلعة، ثم ادعى المشتري أن البائع كان عند البيع مجنونا فالعقد باطل، لا يحكم له بمدعاه إلا إذا أثبت ذلك بالبينة، لأن الجنون صفة عارضة على الإنسان، وليست أصلية فيه، فيحكم بخلوه عنها حتى تقوم البينة على خلاف ذلك.

٢) باع إنسان سلعة من آخر، ثم ادعى المشتري أن في السلعة عيبا قديما، لم يقبل قول المشتري ذلك حتى يثبته بالبينة، لأن الأصل خلو المبيع عن العيب، لأنه صفة عارضة.

٣) ضارب إنسان آخر بمبلغ من المال، ثم ادعى صاحب المال تحقق الربح، وأنكر المضارب ذلك، يحكم للمضارب بانتفاء الربح ما لم تقم بينة صاحب المال على تحقق الربح، لأن الربح صفة عارضة[١].

---

(١) انظر ابن نجيم (١ / ٩٢-٩٣)، والسيوطي (ص٦٣-٦٥)، وشرح المجلة (١/ ٢٧-٢٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٥٥-٩٥٦).

*** (٥) ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه (م ١٠):**

هذه القاعدة قريبة من القاعدة التي قبلها، إلا أنها أعم منها، فتلك خاصة في الصفات، وهذه تعم الصفات وغيرها، ثم إن القاعدة السابقة خاصة فيما يثبت بالأصل، وهذه تعم ما يثبت بالأصل أو بدليل آخر مقبول.

ومعناها أن ما ثبت بدليل مقبول في زمان معين، سواء أكان الدليل بينة أو إقرارا أو أصلا، فإنه يحكم ببقائه واستمراره حتى يأتي دليل آخر يخالف ذلك، عندها يحكم بالدليل الجديد، ويلغى حكم الدليل الأول، إلا أنه يشترط في الدليل الجديد أن يكون دليلا مقبولا شرعا، وإلا لم يعتد به.

- **ومن أمثلة ذلك:**

١) رجل أقام دعوى على آخر ذي يد بأن الدار التي في يده له، لم يحكم للمدعي بدعواه هذه ما لم يقم البينة، ذلك أن وضع اليد من الأول دليل الملك، فيحكم ببقاء ملكه عليها حتى يثبت العكس بدليل.

٢) تنازع اثنان ملكية عقار أو سلعة ما، فأقام الأول البينة على أنه امتلكها بتاريخ «كذا»، وأقام الثاني البينة على أنه امتلكها بتاريخ «كذا»، وهو قبل الأول فإنه يحكم بها للثاني، لأنه امتلكها في تاريخ لم ينازعه فيه أحد، فتثبت له، أما الثاني فمنازع فيه، فلا يلغى الثابت بالطارئ الذي لم يثبت، هذا إذا لم يحدد أحدهما في بينته سبب الملك، فإذا حدده فالحكم له طريق آخر يعرف في بابه من كتاب الدعوى[١].

*** (٦) الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (م ١١):**

الصفات والأمور عامة إما أن تكون أصلية، وإما أن تكون عارضة، فإن كانت أصلية فلا محل لبحثها تحت هذه القاعدة، ولكن تطبق عليها قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»، وقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»، وغيرها.

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٧-٢٩) والمدخل الفقهي (٢/ ٩٥٤).

فإذا كانت عارضة فإنه ينظر: هل الخلاف في ثبوتها وعدم ثبوتها؟ فإن كان كذلك طبق عليها قاعدة: «الأصل في الصفات العارضة العدم» كما تقدم، وإن كانت ثابتة بغير خلاف، وإنما الخلاف في تاريخ ثبوتها، فإنه يحكم بثبوتها في أقرب وقت من تاريخ الخصومة، لأنها عارضة، وذلك خلافا للأصلية كما تقدم.

وقد أورد السيوطي هذه القاعدة بلفظ: «الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن».

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) أقر مورث لأحد ورثته بدين، ثم اختلف الورثة بعد وفاته، فذهب المقَر له إلى أن الإقرار كان في حال صحته فهو صحيح، وذهب الآخرون إلى أن الإقرار كان في مرض موته وهو موقوف على إذنهم، فإنه يحكم هنا لغير المقر له ويوقف الإقرار، لأنه أقرب تاريخا من قول المقر، هذا إذا لم يثبت المقر له قوله بالبينة، فإذا أثبته حكم له به، لأن الإقرار صفة عارضة، وقد اتفقوا على وقوعها، إلا أنهم اختلفوا في تاريخ ذلك، فكان الحكم كما تقدم.

٢) لو أبرأ المشتري البائع عند البيع عن كل عيب في المبيع، ثم قبضه، فرأى فيه عيبا، فادعى به على أنه حدث بعد العقد عند البائع، وأنكر البائع ذلك، وادعى أن العيب قديم قبل العقد، فالقول للمشتري، لأنهما اتفقا على وجود العيب وهو صفة عارضة، ومؤدى قول المشتري يجعله أقرب تاريخا من تاريخ التقاضي من قول البائع، فيقدم قول المشتري لذلك ما لم يثبت البائع قوله بالبينة [١].

* (٧) القديم يترك على قدمه (م ٦):

القديم هنا: هو الذي لا يوجد من الأحياء من يعرف أوله [٢].

---

(١) انظر ابن نجيم (١ / ٩٤)، والسيوطي (ص٦٥-٦٦)، وشرح المجلة (١/ ٣٢-٣٤)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٥٧-٩٥٨).

(٢) انظر المادة (١٦٦) من المجلة.

ومعنى هذه القاعدة أن ما كان قديما في أيدي الناس من حقوق مشروعة في أصلها وعينيات وغيرها، يعد ثابتا بدليل شرعي حكما، ولا يحكم بعدم شرعيته إلا إذا قام دليل على ذلك، وذلك لحسن الظن بالمسلمين.

وهذه القاعدة قريبة من القاعدة السابقة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» إلا أنها أخص منها، فتلك تشمل القديم والحادث، وهذه تخص القديم فقط.

وفي معناها قاعدة أخرى وردت على لسان أبي يوسف في كتاب الخراج، وهي: «ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»[1].

- **وأمثلة هذه القاعدة كثيرة، منها:**

١) لو كان لأحد الجيران نافذة على جاره قديمة لا يعرف أحد وقت إنشائها، وطلب الجار الآخر إغلاقها، فإنها لا تغلق، ويحكم ببقائها، تركا للقديم على قدمه.

٢) لو كان لجار مسيل في أرض جاره، وكان قديما، فإنه ليس للجار إغلاقه وقطعه، تركا للقديم على قدمه.

هذا إذا كان القديم مشروعا في أصله، بأن يصح الاتفاق عليه، فإذا كان غير مشروع في أصله، كأن كان لأحد الجيران طاقة تطل على مقر نساء جاره، أو كان لأحد الناس ميزاب على الشارع يؤذي المارة، فإنه يمنع وإن كان قديما للضرر الفاحش، ذلك أن هذه القاعدة مقيدة بالقاعدة الآتية: «الضرر لا يكون قديما» كما سيأتي، وليست على إطلاقها[2].

* (٨) الضرر لا يكون قديما (م ٧):

نفي الضرر في هذه القاعدة مجازي، وليس على حقيقته، فالضرر يمكن أن يكون قديما في الحقيقة، بأن يكون لأحد الناس ميزاب على الشارع يؤذي المارة،

---

(١) انظر الخراج (ص٦٥-٦٦).

(٢) انظر المجلة (١/ ٢٣-٢٤)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٧٤-٩٧٥).

ولا يعرف أحد أوله، إلا أن المنفي هنا هو الحكم بإبقائه، فيكون المعنى: «الضرر لا يحكم ببقائه استنادا لقدمه».

والقاعدة هذه قيد في القاعدة السابقة، إذ تلك تحكم بالبقاء للقديم مطلقا، وهذه تستثني بعض الأمور الضارة من ذلك.

ولابد من ضبط الضرر المراد هنا، إذ إن بعض الأمور الضارة القديمة يحكم ببقائها، كالمسيل في أرض الجار، والنافذة على داره إذا لم تطل على مقر النساء، وفي ذلك نوع ضرر وتقييد لحرية الجار، ومع ذلك يحكم ببقائها إذا كانت قديمة.

والضابط المناسب لذلك عندي هو القول بأن كل ضرر يباح التنازل عنه والإذن به من المتضرر يحكم ببقائه إذا كان قديما، وما لا يباح بالتراضي والإذن من الأضرار لا يعتد بقدمه.

فمن الأول كل الأضرار التي تصيب حقوقا خاصة للإنسان، كالمسيل والإطلال والشرب والمرور، فإنها تباح بالإذن.

ومن الثاني الأضرار الماسة بالجماعة، كالميزاب على الشارع، والأضرار الماسة بحقوق الله تعالى كالإطلال على مقر الحريم فإنها لا تباح بالإذن، فلا يعتد بقدمها، ولكن تمنع مطلقا، قديمة كانت أم حادثة[1].

*** (٩) لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان (م ٦٧):**

هذه القاعدة هي مجموع قاعدتين، الثانية منهما قيد واستثناء من الأولى.

فالقاعدة الأولى هي: «لا ينسب إلى ساكت قول»، والثانية هي: «السكوت في معرض الحاجة بيان».

فأما الأولى، فهي في معنى القواعد السابقة عليها، ذلك أن الكلام أمر طارئ، والسكوت أمر أصلي متيقن، فلا يحكم بتغير الأصلي إلا بدليل.

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٤-٢٥)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٧٥-٩٧٧).

ثم إن التصرفات الشرعية القولية مطلقا مبناها كما قدمنا سابقا على صحة الإرادة وسلامتها، إلا أن الإرادة أمر خفي، فاستعيض عنها بالكلام الدال عليها، كما استعيض عنها عند تعذر الكلام بالكتاب والإشارة، أما السكوت فليس عوضا عن الإرادة ولا دليلا عليها، فلا يعطى حكم الكلام.

- **ولذلك تطبيقات وأمثلة كثيرة في الشرع، منها:**

١) إذا أخذت الزوجة شيئا من مال زوجها واستعملته، وهو يعلم ويرى، ثم ادعت أنه وهبها إياه مستدلة بسكوته، لم تصدق في دعواها، لأن السكوت لا يجعل هبة.

٢) رجل سكن دار رجل بغير عقد، ومالك الدار يرى ذلك ويعلمه ولا ينكره، لم يعتبر الساكن مستأجرا ولا مشتريا، ولا حجة له في سكوت المالك، هذا إذا لم تكن الدار هذه معدة للإيجار، فإذا كانت كذلك، عد الساكن مستأجرا بالمعاطاة.

٣) لو أتلف إنسان مال آخر، وهو يراه ولا ينكره عليه، لا يعتبر ذلك السكوت رضا بالإتلاف، وله أن يضمنه قيمة ما أتلف.

أما الجزء الثاني من القاعدة فهو كما قدمت استثناء من الجزء الأول، لأنه يعد سكوت الساكت قولا منه عند الحاجة إلى اعتباره كذلك، والحاجة هذه قد تكون لحال في الشخص، وقد تكون لدفع الضرر.

- **وأمثلة ذلك وتطبيقاته كثيرة، وقد عد الحنفية منها نيفا وأربعين مسألة، منها:**

١) إذا سأل البكر وليها عن موافقتها على الزواج من فلان فسكتت، عد ذلك منها موافقة على الزواج المعروض عليها لضرورة ما بها من الاستحياء، وذلك على خلاف الثيب، فإن سكوتها لا يعد رضا منها بالزواج لعدم ضرورة ذلك.

٢) سكوت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بعض الأعمال التي كان يفعلها أصحابه يعد موافقة وإباحة لتلك الأعمال، وذلك ضرورة حرمة سكوته على محرم.

٣) إذا رأى الشفيع الدار تباع، فسكت ولم يطالب بالشفعة، عد سكوته إسقاطا لشفعته، لضرورة دفع الضرر عن المشتري (١).

* (١٠) لا عبرة للتوهم (م ٧٤):

تقدم أن مراتب الإدراك العقلي للأشياء خمسة، هي: اليقين، وطمأنينة الظن، والظن، والشك، والوهم.

فأما المراتب الثلاث الأولى فيجب الاحتجاج بها شرعا في الأحكام العملية، نظرا لجانب الغلبة فيها.

من ذلك الاحتجاج بالخبر المتواتر لأنه يفيد اليقين، وكذلك الخبر المشهور لأنه يفيد طمأنينة الظن، وخبر الآحاد الصحيح لأنه يفيد الظن.

فأما المرتبتان الأخيرتان (الشك والوهم) فلا يجوز الاحتجاج بهما مطلقا بالنظر لعدم الغلبة فيهما، فالشك فيه التساوي، وفي الوهم المغلوبية، ولذلك لا يجوز الاحتجاج بالخبر الضعيف والموضوع، لأنهما يفيدان الشك أو الوهم.

هذا ونفي العبرة في القاعدة معناه: نفي الاحتجاج والاستدلال.

هذا في الأحكام العملية، أما الأحكام الاعتقادية فلا يقبل فيها إلا اليقين لا غير، وقد تقبل فيها طمأنينة الظن (٢).

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) ادعى رجل على آخر بألف ليرة سورية، وأقام على ذلك شاهدا واحدا، لم يحكم له بدعواه، لأن الشاهد لا يثبت به أكثر من الشك، وهو لا عبرة به، وكذلك الحال إذا شهد له اثنان غير عدلين، فإنه لا يحكم له بدعواه، لأن شهادتهما لا يثبت بها أكثر من الشك.

---

(١) انظر ابن نجيم (١ / ١٨٤-١٨٨)، والسيوطي (ص١٥٨-١٥٩)، وشرح المجلة (١/ ١٨١-١٨٥)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٥٩-٩٦١).

(٢) انظر شرح المجلة (١/ ٢٠٩-٢٢٠)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٦١).

٢) إذا ادعى إنسان على آخر حقا، وجاء بشاهدين عدلين حكم له بدعواه، ولا عبرة لاحتمال خطأ الشاهدين أو كذبهما، لأنه وهم مغلوب، إذ الشهادة الكاملة يثبت بها الظن.

* (١١) لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل (م ٧٣):

هذه القاعدة قيد واستثناء من القاعدة السابقة، فإن قاعدة: «لا عبرة للتوهم» تنفي الحجية عن الوهم مطلقا، وهذه تثبت الحجية للوهم إذا كان ناشئا عن دليل، فتستثني من الوهم الساقط الاعتبار الوهمَ المدعم بالدليل.

ذلك أن الاحتمال المقصود هنا هو الاحتمال الأدنى، وهو المغلوب (الوهم)، ويلحق به في الحكم من باب أولى الاحتمال المساوي (الشك).

- **ولهذه القاعدة تطبيقات عدة، منها:**

١) شهادة أحد الزوجين للآخر مردودة وإن كان عدلا، لأن هنالك تهمة المحاباة، وهي ناشئة عن دليل وهو الزوجية، وذلك بخلاف شهادة الغريب له، فإنها مقبولة على رغم تهمة المحاباة، لأنها في الغريب لا دليل عليها، فلم يؤبه لها، ومثلها شهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض.

٢) إقرار المريض لأحد ورثته بدين موقوف على إذن الورثة، لاحتمال المحاباة الناشئ عن المرض، فإذا كان الإقرار حال الصحة، صح مع قيام احتمال المحاباة، لأنها لا دليل عليها[١].

* (١٢) لا عبرة بالظن البين خطؤه (م ٧٢):

سبق في شرح قاعدة: «لا عبرة للتوهم» أن بينت أن الاحتجاج شرعا يكون باليقين وبطمأنية الظن وبالظن، ولا يكون فيما دون ذلك، وهذ القاعدة تعد قيدا أو استثناء من ذلك المبدأ المتقدم، لأنها تنفي الحجية عن الظن إذا ثبت خطؤه

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٠٤-٢٠٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٦١ ٩٦٢).

بدليل مقبول، لأن هذا الدليل يذهب بمكان الغلبة فيه، ويهبط به إلى درجة أدنى من الظن، فتنتفي عنه الحجية لذلك.

- **ولذلك أمثلة كثيرة، منها:**

١) إذا اجتهد الصائم فظن أن المغرب قد حان، فأفطر وهو صائم، ثم تبين له أن المغرب لم يحن بعد، بطل صومه.

٢) ظن أنه مدين لفلان فوفاه دينه، ثم تبين أنه غير مدين له، جاز له استرداد ما دفع من المال.

٣) لو أعطاه زكاة ماله، وهو يظن أنه غني، ثم تبين أنه فقير صحت زكاته، لبطلان الظن الأول.

- **إلا أن لهذه القاعدة استثناءات كثيرة غير منضبطة، منها:**

١) ظنه مصرفا للزكاة فدفع إليه زكاة ماله، ثم تبين له بعد ذلك أنه غني أو هاشمي أو ابنه أو أبوه، صحت زكاته على رغم ذلك عند الطرفين من الحنفية، خلافا لأبي يوسف.

٢) لو صلى في ثوب ظنه نجسا، ثم تبين أنه طاهر، لم تصح صلاته.

٣) لو صلى وهو يظن نفسه محدثا، ثم تبين له أنه طاهر، لم تصح صلاته.

٤) صلى الفرض، وهو يظن أن الوقت لم يدخل بعد، ثم تبين له دخول الوقت، لم تصح صلاته.

٥) لو تحرى القبلة حتى ظن أنها في جهة كذا، فصلى إليها، ثم تبين له خطؤه، صحت صلاته، لأن العبادة مبنية على الطاقة[١].

***

(١) انظر ابن نجيم (١ /١٩٣-١٩٤)، والسيوطي (ص١٧٤)، وشرح المجلة (١/ ٢٠٠-٢٠٤)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٦٢-٩٦٣)، ورد المحتار (١/ ٤٣٣)، والطحطاوي على الدر (١/ ١٩٨).

خامسا: نظرية العرف

العرف: هو عادة قوم في قول أو فعل، وهو مصدر تشريعي معتد به لدى جميع الفقهاء، وهو على أقسام وأنواع عدة ذات آثار مختلفة، اتفق الفقهاء في بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر، وضبطوا ذلك بقواعد مختلفة، أهمها:

* (١) العادة محكمة (م ٣٦):

العادة هنا: هي العرف المعتبر شرعا، وهو عادة قوم في قول أو فعل.

ومعنى هذه القاعدة بإيجاز أن العرف ذو سلطان في الأحكام الشرعية، وإن كان ذلك ليس على إطلاقه، وهو مقيد بعدم الدليل المخالف، كالتصريح بنفيه مثلا.

- **ولذلك أمثلة عدة، منها:**

١) باع جزار رجلا كمية من اللحم في مكان يقضي العرف فيه بوجوب نقل اللحم إلى بيت المشتري، فإنه يحكم على البائع بوجوب نقل اللحم إلى بيت المشتري تحكيما للعرف، فإذا اشترط اللحام عدم نقل اللحم عند البيع لم يلزم بنقله، لأن الشرط أقوى من العرف فيلغيه.

٢) باع تاجر رجلا سلعة بعشر ليرات، ولم يحدد نوع الليرات، في مكان تعارف الناس فيه التعامل بالليرات السورية، فإنه يلزم المشتري بعشر ليرات سورية للعرف، فإذا اشترط أنها ليرات ذهبية، ألزم المشتري بليرات ذهبية للشرط[1].

* (٢) استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م ٣٧):

هذه القاعدة في معنى سابقتها تماما.

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٢٦) وما بعدها، والسيوطي (ص٩٩) وما بعدها، وشرح المجلة (١/ ٧٨-٨٦)، والمدخل الفقهي (١/ ٩٨٥-٩٨٦).

ومعنى «**استعمال الناس**»: عرفهم الصحيح.

ومعنى «**يجب العمل بها**»: أن على القاضي أن يحكم بها عند عدم المنافي، وكذلك فإن على المتعاقدين أن يلتزموا به عند الإطلاق، فإذا اشترطوا مخالفته جاز ذلك ولا يأثمون، لأن الوجوب هنا معناه اللزوم عند عدم المنافي، لا الوجوب الذي لا تجوز مخالفته[١].

*** (٣) إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت (م ٤١):**

هذه القاعدة بيان لشرطي العرف الصحيح والمقبول شرعا، وهما: الغلبة، والاطراد.

ومحل بيان ذلك بتفصيل في نظرية العرف[٢].

*** (٤) العبرة للغالب الشائع لا للنادر (م ٤٢):**

في هذه القاعدة تأكيد بعض ما جاء في القاعدة السابقة، وهو اشتراط الغلبة في العرف، وإلا لم يكن عرفا مقبولا ولا معتبرا في الشرع، والمراد بالغالب هنا العرف الغالب، وحذف للعلم به[٣].

*** (٥) المعروف عرفا كالمشروط شرطا (م ٤٣):**

هذه القاعدة لم تخرج عن مضمون القواعد السابقة عليها المتضمنة اعتبار العرف، إلا أنها تؤكد ناحية خاصة في ذلك، وهي أن العرف في العقود ينزل منزلة الشروط الجعلية المباحة، فيعد ملزما للمتعاقدين في كل ما يجوز الإلزام به بالشرط الجعلي عند عدم الشرط، فإن وجد الشرط على خلافه فالشرط أولى بالاعتبار.

---

(١) انظر المراجع السابقة.

(٢) انظر المراجع السابقة.

(٣) انظر المراجع السابقة.

ذلك أن للمتعاقدين أن يشترطا في العقود العامة من الشروط ما يشاءان في حدود ما أباحه الفقهاء من هذه الشروط[١].

فإذا جاء العرف بشرط لم يشرطه المتعاقدان في عقدهما اعتبر هذا الشرط، وكأنه شرط جاء به المتعاقدان، هذا إذا لم ينفه المتعاقدان بالنص، فإن نفياه لم يعتد به لما يأتي من قاعدة: «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»، والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:

١) رجل عاقد خياطا ليخيط له ثوبا، والعادة أن الخيطان واجبة على الخياط، فإنه يحكم على الخياط بها للعادة، لأن ذلك يباح بالشرط، فيكون للعرف حكم الشرط، فإذا اتفقا في العقد على أن الخيطان على صاحب الثوب ألغي العرف، لأن الشرط المصرح به أقوى منه.

٢) إذا استأجر رجل عتالا لحمل متاعه إلى بيته على دابة، فلما انتهيا إلى البيت طلب الرجل من العتال إدخال المتاع إلى داخل البيت على ظهره، فإن كان العرف يقضي بذلك فإنه يلزم به، وإلا فلا، لأن ذلك يلزم بالشرط فكذلك بالعرف[٢].

فإذا جاء العرف بأمر لا يقره الشرع لم يعتبر العرف، ويلغى، وتتأثر الماهية الشرعية به كالشرط غير الصحيح تماما.

من ذلك ما إذا تعارف الناس البيع بثمن مؤجل إلى الحصاد أو الدياس، وهو أجل فيه جهالة فاحشة، فباع أحدهم سلعته بثمن مؤجل دون تحديد الأجل، عد البيع فاسدا، لجهالة الأجل الثابت بالعرف، كما لو كان الأجل هذا ثابتا بالشرط تماما[٣].

---

(١) انظر كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف١٢٤-١٢٧).

(٢) انظر المراجع السابقة.

(٣) انظر المراجع السابقة.

*** (٦) التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م ٤٥):**

هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة، لأن التعيين في المعاملات يكون بالاشتراط، وهذه تعطي العرف القاضي بتعيين شيء حكم الشرط اقاضي بتعيينه تماما، والشرط قد يكون صحيحا، وقد يكون غير صحيح، والعرف كذلك.

*** (٧) المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م ٤٤):**

وهذه القاعدة أيضا في معنى سابقتيها، إلا أنها أخص منهما، فتانك في عرف التجار وغيرهم، وهذه في عرف التجار خاصة.

- **ومن تطبيقاتها:**

١) إذا اعتاد التجار البيع فيما بينهم بأجل إلى شهر، ثم اشترى أحدهم من آخر شيئا دون ذكر أن ذلك إلى أجل، حكم بأن الثمن مؤجل إلى شهر للعرف، لأن ذلك يباح بالشرط فيكون العرف كذلك[١].

٢) إذا تعارف التجار البيع بالنقد والنسيئة، فوكل أحدهم الآخر ببيع سلعة، ولم يحدد له البيع نقدا أو نسيئة، كان له بيعها بالنقد وبالنسيئة للعرف[٢].

*** (٨) لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان (م ٣٩):**

معلوم أن الأحكام منها ما هو معلل (معقول المعنى)، ومنها ما هو تعبدي (غير معقول المعنى)، فأما التعبدي فلا يتغير أبدا، لأنه مبني على النص، والنص ثابت لا يتغير.

وأما الأحكام المعللة وهي أكثر أحكام الشريعة الإسلامية الغراء فعلى قسمين أيضا من حيث علتها.

فهي إما علة لا تقبل التغير والتبدل، كتحريم الخمرة لعلة الإسكار، وتحريم

---

(١) انظر المادة (٢٥١) من المجلة.

(٢) انظر المراجع ما قبل السابقة.

القمار لعلة الغرر، وهذه لا تتبدل أيضا، لأن الحكم فيها منوط بالعلة، والعلة ثابتة لا تتغير، فيثبت الحكم بثبوتها للقاعدة: «الحكم يدور مع علته وجودا وعدما».

وإما أن تكون العلة قابلة للتغير، كالعرف والمصالح، وهذه يتغير الحكم فيها بتغير علته، يثبت بثبوتها وينتفي بانتفائها، وبذلك تكون القاعدة مما أطلق وأريد به المقيد، وأن «أل» الداخلة على الأحكام فيها ليست للاستغراق.

- **وتطبيقات هذه القاعدة كثيرة، منها:**

١) إذا دخل رجل بامرأته، ثم ادعت عليه أنها لم تقبض شيئا من مهرها المعجل، فإن دعواها كانت ترد في الزمن السابق قبل بضع سنين، لأن العرف كان يقضي بأن الزوجة لا تسمح للزوج بالدخول بها حتى تقبض معجل مهرها أو جزءا منه، أما اليوم فإن دعواها لا ترد في نظري، لأن العرف تغير وأصبح الدخول بالزوجة قبل قبض المعجل من المهر عادة مألوفة.

٢) إذا باع رجل داره من آخر دون أن يراها المشتري حتى ثبت له خيار الرؤية، فقد أفتى المتقدمون من الحنفية بأن المشتري إذا رأى الدار من خارجها سقط خياره، وأفتى المتأخرون بأن الخيار لا يسقط ما لم يرها من داخلها، وتغير الحكم هذا مبناه تغير العرف، فإن الدور كانت على نسق واحد في السابق، ثم أضحت متفاوتة.

٣) إذا غصب إنسان دارا من آخر مدة، لم يضمن الغاصب أجرتها عن تلك المدة المغصوبة فيها مطلقا، هذا عند المتقدمين من الحنفية، ثم أفتى المتأخرون منهم باستحقاق الأجرة عليه، إذا كانت الدار ليتيم أو مجنون، أو كانت من الأموال العامة، وذلك لتغير العرف وفساد ذمم الناس[1].

***

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٩١-٩٣)، والمدخل الفقهي (٢/ ٥٣٩-٥٥٣).

سادسا: نظرية الترجيح بين الأدلة المتعارضة

الأدلة والمصادر المعتبرة لدى الفقهاء متعددة كثيرة، منها ما اتفق الفقهاء في حجيته، ومنها ما اختلفوا فيه، ثم إن المصادر التي اتفقوا فيها جرى بينهم بعض اختلاف في ترتيبها، مما نتج عنه اختلاف في أمر الترجيح بينها عند التعارض، وهذا كله في المصادر التبعية.

أما المصادر الأصلية فهي محل اتفاق الفقهاء من غير اختلاف، وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس، وإن كان هنالك اختلاف في بعض التطبيقات والتقسيمات كما في الإجماع السكوتي.

وهذه بعض التطبيقات لهذه الاتجاهات تتجلى في القواعد الآتية:

*** (١) الضرورات تبيح المحظورات (م ٢١):**

الضرورات في الفقه الإسلامي خمس، هي: حفظ النفس، وحفظ المال، وحفظ العرض، وحفظ العقل، وحفظ الدين.

فبقاء هذه الأمور الخمسة والمحافظة عليها أمر ضروري، أما ما دون ذلك من المصالح فهو على ضربين: حاجي، أو تحسيني.

وإذا أردنا أن نوضح ذلك أكثر قلنا: إن المصالح التي رعتها الشريعة الإسلامية على ثلاث درجات من حيث قوتها، وهي:

١) **المصالح الضرورية**، وهي المحافظة على الأمور الخمسة السالفة بالإبقاء عليها.

٢) **المصالح الحاجية**، وهي المحافظة على الأمور الخمسة السابقة خالية عن الحرج.

٣) **المصالح التحسينية**، وهي المحافظة على الأمور الخمسة نفسها موفرة الصفات التي تؤمن لها كامل اليسر والسهولة.

فإذا توقف توفر مصلحة ضرورية على ارتكاب أمر محرم شرعا، جاز ارتكاب المحرم لتوفير هذه المصلحة الضرورية، وفقا لهذه القاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»، وذلك مثل أن يوجد رجل في طائرة، وقد عطش عطشا شديدا خشي على نفسه منه الهلاك، ولم يجد ما يدفع به الهلاك عن نفسه إلا كوبا من خمرة، فإنه يباح له شرب الخمرة هنا لدفع الهلاك عن نفسه، لأن دفع الهلاك معناه المحافظة على النفس، وهو ضروري، فيباح المحرم من أجله.

إلا أن القاعدة هذه ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة لدى الفقهاء بألا يكون في تحقيق المصلحة الضرورية ارتكاب محظور أكبر من المصلحة المتحققة بارتكابه، أو محظور مساو لها، وإلا لم يبح المحظور، وذلك مثل أن يكره إنسان آخر بالقتل على ارتكاب الزنا، أو قتل مسلم معصوم الدم، فإنه لا يباح له الزنا والقتل هنا، لأن الزنا أكبر من الموت أو مثله، وقتل الغير كذلك، فلا يباحان من أجله.

ثم إن هذه القاعدة ليست خاصة بالمصالح الضرورية فقط، بل تشمل الضرورية والحاجية ما دامت المصلحة المتحققة أكبر من المحظور المرتكب، ولذلك تطبيقات كثيرة سوف تأتي في شرح قاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة» (١).

*** (٢) الضرورات تقدر بقدرها (م ٢٢):**

هذه القاعدة قيد في القاعدة السابقة، فقد تقدم أن المحظور يباح للمصلحة الضرورية، إلا أن الإباحة ليست على إطلاقها، بل هي محدودة بمقدار الضرورة لا يزاد عليها، فإذا زاد عليها كان آثما.

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١١٨- ١١٩)، والسيوطي (ص٩٣)، وشرح المجلة (١/ ٥٦-٥٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٨١-٩٨٢)، وانظر كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف ٤٤٦).

- **ولذلك تطبيقات كثيرة، منها:**

١) جائع علم أنه سيهلك إذا لم يتناول الخمرة، أو يأكل من لحم الميتة أو الخنزير، فإنه يباح له ذلك في هذه الحال، ولكن المباح له هو القدر الذي يدفع به الهلاك عن نفسه فقط، فإذا زاد عن ذلك المقدار أثم.

٢) إذا جرحت يد إنسان، وضره غسلها بالماء، فإنه يربطها ويمسح عليها (جبيرة)، إلا أنه لا يجاوز في الرباط مقدار الضرورة، فإذا جاوزه ومسح لم تصح طهارته.

٣) إذا مرضت امرأة مرضا يجيز لها كشف عورتها للطبيب، لم يجز لها أن تكشف من عورتها له ما لا ضرورة في كشفه[1]، كما لا يجوز لها كشف عورتها لطبيب مع وجود طبيبة تغني عنه.

* (٣) ما جاز لعذر بطل بزواله (م ٢٣):

هذه القاعدة مرتبطة بالقاعدة السابقة، ومعناها أن ما أبيح من المحظورات بناء على ضرورة أو رخصة أو مصلحة غالبة، توقفت الإباحة فيه على بقاء ما شرع وأبيح من أجله، فإذا زالت الضرورة أو الرخصة أو المصلحة زالت الإباحة معها، وعاد الحكم إلى سابق عهده، وهو الحظر، وفقا للقاعدة الفقهية: «الحكم يدور مع علته وجودا وعدما».

- **وتطبيقات هذه القاعدة كثيرة، منها:**

١) السفر عذر يباح معه الفطر في رمضان، فإذا أقام المسافر وجب عليه الصوم، وانتفت في حقه إباحة الفطر لزوال العذر، وهو السفر، وكذلك المريض.

٢) من فقد الماء أبيح له التيمم، فإذا وجد الماء بعد ذلك بطل تيممه لزوال العذر المبيح، وهو فقدان الماء.

---

(١) ابن نجيم (١/ ١١٩)، والسيوطي (ص٩٣-٩٤)، وشرح المجلة (١/ ٥٦-٥٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٨٢).

٣) يجوز للمعتدة من وفاة الخروج في النهار لقضاء حاجتها، وكسب قوتها، إذا لم يكن لها مال تنفق منه على نفسها، فإذا وجدت مالا حرم عليها الخروج[1].

* (٤) الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة أو خاصة (م ٣٢):

تقدم في شرح قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» أن المصالح المقصودة للشارع على ثلاث درجات من حيث قوتها: ضرورية، وحاجية، وتحسينية، وأن المحظورات الشرعية تباح لتحقيق المصالح الضرورية.

وهذه القاعدة تجعل المصالح الحاجية في حكم المصالح الضرورية في إباحة المحظورات تحقيقا لها، سواء أكانت المصالح الحاجية عامة أم خاصة، وذلك بشرط ألا تكون المحظورات المخالفة لها أكبر منها أو مثلها، فإذا كانت أكبر منها أو مثلها، لم تبح من أجلها، وقد تقدم بيان ذلك في شرح القاعدة المشار إليها.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات عدة، منها:**

١) امرأة مرضت مرضا مضنيا لا يخشى منه عليها، إلا أنه يسبب لها ألما شديدا مستمرا فهل يجوز لها كشف عورتها للطبيب الأجنبي إذا تعين ذلك لشفائها؟

والجواب: أنه يجوز، لأن ستر العورة تحسيني، وزوال الألم الممض حاجي، والحاجي أولى من التحسيني مطلقا.

فإذا لم يكن في مرضها ألم شديد ممض، بل ألم خفيف معتاد، لم يجز لها كشف عورتها للطبيب لدفعه، لأن دفع الألم هذا تحسيني، وستر العورة تحسيني أيضا فاستويا، ولم يظهر الرجحان، فلا يباح كشف العورة لهذا، وللقاعدة الفقهية: «إذا تعارض الحاظر والمبيح قدم الحاظر»، وسوف يأتي بيانها.

٢) شارع ضاق بالمارة جدا، حتى وجدوا حرجا في المرور فيه، ولم يمكن

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١١٩)، والسيوطي (ص٩٤)، وشرح المجلة (١/ ٥٩-٦٠)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٩٩).

توسيعه إلا من طرف واحد فيه أرض لرجل أبى أن يبيعها لتوسيع الشارع، فهل يباح لولي الأمر أخذها منه جبرا بثمنها؟

والجواب: يباح، لأن توسيع الشارع هنا مصلحة حاجية عامة، والمحافظة على ملكية مالك الأرض مصلحة حاجية خاصة، والمصلحة العامة أقوى من الخاصة، فجاز لذلك.

فإذا لم يضق الشارع بالناس، ولكنهم أرادوا توسيعه لزيادة سهولة السير، لم يجز نزع الملكية لأجله، لأن توسيع الشارع هنا مصلحة تحسينية، والملكية حاجية، والحاجية أولى بالتحقيق، فلا يباح لذلك[1].

*** (٥) الاضطرار لا يبطل حق الغير (م ٣٣):**

تقدم في قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» أن المحرمات تباح إذا توقف على ذلك تحقيق مصالح ضرورية، إلا أن ارتكاب المحرم هنا قد يتعلق به حق أجنبي وقد لا يتعلق به حق لأحد.

فإذا لم يتعلق به حق أحد لم يلزم المضطر بشيء، كما إذا اضطر لأكل الميتة، فإذا تعلق به حق أجنبي، كما إذا اضطر لشرب ماء غيره أو أكل طعامه، فإنه يباح له ذلك حالة الضرورة، إلا أنه يلزم بالتعويض على صاحبه، وفقا لهذه القاعدة، وتطبيقا لقاعدة: «الضرورات تقدر بقدرها»، إذ لا ضرورة لنفي التعويض.

ولذلك فإن للأجنبي الذي فات حقه مطالبة المضطر بتعويضه عما استهلكه من ماله حالة الضرورة، فإن كان مثليا ألزمه بمثله، وإن كان قيميا ألزمه بقيمته[2]، وذلك عند تمكنه من التعويض.

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٢٦)، والسيوطي (ص٩٧-٩٨)، وشرح المجلة (١/ ٧٥-٧٦)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٨٣-٩٨٥)، وكتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف ٤٤٩).

(٢) انظر شرح المجلة (١/ ٧٦-٧٧)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٨٢-٩٨٣).

* (٦) الضرر لا يزال بمثله (م ٢٥):

هذه القاعدة قيد في قاعدة: «الضرر يزال» المتقدمة، فالضرر يزال بما هو أدنى منه ضررا، ولا يزال بما يساويه، أو يزيد عليه في الضرر، لأن ذلك معناه عدم إزالة الضرر.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها:**

١) إذا اضطر إنسان إلى تناول طعام غيره لإنقاذ نفسه من الموت، جاز له تناول هذا الطعام بدون إذن صاحبه، تطبيقا لقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»، وقاعدة: «الضرر يزال»، هذا إذا كان صاحب الطعام ليس مضطرا إليه، فإذا كان مضطرا إليه لإنقاذ نفسه من الهلاك، لم يحل للأول أخذه منه جبرا لما فيه من الضرر المساوي أو الراجح.

٢) رجل أكره بالقتل على قتل رجل آخر، لم يحل له قتله، لما في ذلك من الضرر المساوي أو الأكبر منه، بخلاف ما لو أكره بالقتل على شرب الخمرة، فإنه يحل له شربها، لأن القتل أشد من الخمرة[١].

* (٧) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (م ٢٧):

هذه القاعدة تنطق بمفهوم المخالفة للقاعدة السابقة: «الضرر لا يزال بمثله»، لأن الضرر إذا كان لا يزال بمثله فإنه يزال بما هو أخف منه.

- **وتطبيقات هذه القاعدة كثيرة، منها:**

١) إذا توفيت امرأة حامل، والولد في بطنها حي، جاز شق بطنها لإخراج الولد، ذلك أن في موت الولد ببقائه في بطن أمه ضرر أكبر من شق بطن الأم الميتة.

٢) إذا أكره إنسان بالقتل على أن يرمي بنفسه من عل ترجى معه الحياة له،

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٢٠)، والسيوطي (ص٩٥-٩٦)، وشرح المجلة (١/ ٦٣-٦٦)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٦٩).

رمى نفسه، لأن القتل الموت محقق فيه، ورمي نفسه النجاة محتملة فيه، فيقدم عليه، تقديما لأهون الضررين[(١)].

* **(٨) يختار أهون الشرين (م ٢٩):**

هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة تماما، وأمثلتها هي أمثلتها، ولذلك فإنه لا حاجة لمزيد من شرح وتمثيل[(٢)].

* **(٩) إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما (م ٢٨):**

هذه القاعدة في معنى القاعدتين السابقتين تماما، فلا حاجة إلى التفصيل مرة أخرى[(٣)].

* **(١٠) يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام (م ٢٦):**

هذه القاعدة تطبيق للقواعد الثلاث السابقة، وتمثيل لها، وتأكيد عليها.

وقد تقدم في شرح قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» أن المصالح التي رعتها الشريعة الإسلامية على ثلاث مراتب: مصالح ضرورية، ومصالح حاجية، ومصالح تحسينية.

وهنا أشير إلى أن كل مرتبة من هذه المراتب تنقسم إلى قسمين: مصالح عامة، ومصالح خاصة، فتكون الدرجات ستا.

فإذا تعارض مصلحتان قدم الأقوى منهما، على وفق الترتيب التالي: الضروريات العامة، ثم الضروريات الخاصة، ثم الحاجيات العامة، ثم الحاجيات الخاصة، ثم التحسينيات العامة، ثم التحسينيات الخاصة.

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٢٣-١٢٥)، والسيوطي (ص٩٥)، وشرح المجلة (١/ ٦٨-٦٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٦٩-٩٧٠).

(٢) انظر المراجع السابقة.

(٣) انظر المراجع السابقة.

وبذلك نكون قد قدمنا العام على الخاص عند التساوي في المرتبة، فإذا اختلفت المرتبة قدم الضروري على الحاجي، والحاجي على التحسيني مطلقا، عاما كان أم خاصا.

هذا هو معنى هذه القاعدة، ذلك أن فوات المصالح يترتب عليه ضرر، فيكون له حكم المصلحة الفائتة.

ومن ذلك يتبين أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، فلا يقدم الضرر العام على الخاص مطلقا، بل هي مقيدة بالاتحاد في المرتبة كما تقدم.

- **والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:**

١) إذا ضاقت سنة بالناس حتى جاعوا جوعا شديدا مؤلما، ولو كان لا يخشى معه الهلاك عليهم، وكان في البلد من يمتلك من الطعام زائدا عن حاجته إليه، فإنه يجبر على بيعه للجائعين، ذلك أن في إجباره إهدار حرمة ملكيته، وهي ضرر حاجي خاص، والإبقاء على جوع الجائعين ضرر حاجي عام، والحاجي العام مقدم على الحاجي الخاص.

فلو كانت حاجة الناس إلى طعامه بسيطة لتوفر أنواع أخرى بديلة لم يجبر على بيع الطعام الذي عنده لهم، لأن إهدار ملكه هنا حاجي خاص، والإبقاء على مصلحتهم العامة البسيطة تحسيني عام، والحاجي الخاص أولى بالرعاية من التحسيني العام.

وكذلك لو كان صاحب الطعام مضطرا إليه لدفع الهلاك عن نفسه، فإنه لا يجبر على بيعه، لأن امتلاكه له في هذه الحال ضروري خاص، وهو أولى من الحاجي العام، والتحسيني العام.

٢) إذا تترس الكفار ببعض صبيان المسلمين في المعركة، جاز رمي الكفار، وإن كان ذلك يؤدي إلى قتل صبيان المسلمين، ذلك أن إنقاذ حياة عامة المسلمين برمي الكفار مصلحة ضرورية عامة، والإبقاء على حياة صغار المسلمين بالامتناع

عن الرمي مصلحة ضرورية أخص منها، فكان تقديم الأعم أولى، فجاز الرمي لذلك، هذا إذا لم يوجد طريق آخر للتغلب على الكفار، وإلا لم يجز الرمي للقاعدة: «الضرورات تقدر بقدرها»(١).

* (١١) درء المفاسد أولى من جلب المصالح (م ٣٠):

المفاسد هنا: ارتكاب ما نهي عنه الشارع، والمصالح: موافقة ما أمر به الشارع.

فإذا تعارض أمران: أحدهما أمر الشارع به، والثاني نهي الشارع عنه، وكان لابد من فعل واحد منهما، كان الأولى ترك ما أمر الله به لدرء ما نهى الله عنه.

ذلك أن ترك المنهي عنه مقدور عليه مطلقا، لأنه عمل سلبي يستطيعه كل مكلف، أما فعل المأمور به، فهو غير مقدور إلا للقادر عليه، فلا يعد القادر عليه قادرا عند مخالفته للنهي، للأمر بترك المنهي عنه، بل يعد عاجزا عنه حكما لذلك فلا يكلف به، فيبقى المنهي عنه، فيجب تركه.

وذلك لحديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**»(٢)، رواه البخاري ومسلم والنسائي وغيرهم.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها:**

١) إذا تغوط إنسان ثم أراد الطهارة، ولم يجد مكانا يستتر فيه عن أعين الناس للاستنجاء، ترك الاستنجاء.

٢) إذا كانت دار بين شريكين، وكان لأحدهما علوها وللثاني سفلها، لم يكن لواحد منهما أن يفعل في نصيبه ما يضر بجاره إلا بإذنه، لأن الإضرار منهي عنه، وحرية التصرف مأذون بها، فيقدم المنهي عنه على المأذون به.

٣) نص الفقهاء على أن المبالغة في المضمضة في الوضوء والغسل منهي عنها

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٢١-١٢٣)، وشرح المجلة (١/ ٦٦-٦٨).

(٢) انظر البخاري (٩/ ١١٧)، وانظر النسائي في كتاب الحج، ومسلم في كتابي الفضائل والحج.

للصائم، ذلك أن المبالغة فيهما مطلوبة في الأصل زيادة في الطهارة، إلا أن سبق ماء إلى حلق الصائم منهي عنه، وهو مظنون مع المبالغة، فقدم المنهي عنه على المأمور به، فمنع من المبالغة.

- **إلا أن هذه القاعدة غير مطردة، ولها استثناءان، هما:**

١) ألا تكون المصلحة المتروكة أكبر من الضرر المتقى، فإن كان كذلك قدمت المصلحة لكبرها، لقاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»(١).

وذلك مثل:

أ- أن يعجز المصلي عن القيام أو القراءة أو الطهارة، فإنه يؤمر بالصلاة مع ترك ذلك تقديما لمصلحة الإتيان بالصلاة على مفسده ترك الطهارة... لكبرها.

ب- إباحة الكذب للإصلاح بين متخاصمين، فإن الإصلاح بين الناس أكبر من الكذب.

٢) والاستثناء الثاني: ألا يكون الضرر مبنيا على تصرف مشروع، فإذا كان مبنيا على تصرف مشروع كان جلب المصالح أولى من رفعه، وذلك استئناسا بقاعدة: «القديم يبقى على قدمه».

ومثال ذلك:

أ- أن يبني إنسان دارا للسكنى إلى جانب دكان حداد، فيؤذيه الحداد بناره ودخانه وضوضائه، فإن ضرر الحداد هنا لا يمنع، لأنه كان قبل الدار، وتصرفه إذ ذاك مشروع، فلا يمنع، فيكون قد تقدم هنا توفير مصلحة الحداد على درء المضرة عن الجار الساكن.

ب- أن يكون لإنسان ميزاب قديم على أرض عرصة، ثم يبني صاحب الأرض دارا في أرضه، ويطلب منع الميزاب، فإنه لا يجاب إلى طلبه، لأن الميزاب

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٢٥-١٢٦)، وشرح المجلة (١/ ٧٠-٧١)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٧١-٩٧٢)، والسيوطي (ص١١٧-١٢٩).

مشروع لقدمه.

*** (١٢) إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع (م ٤٦):**

هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة، فإن المانع معناه: الدليل المانع، وهو النهي، والمقتضي معناه: الدليل المقتضي، وهو الأمر.

فإذا تعارض الأمر والنهي روعي النهي، وقدم بالاعتبار على الأمر، والأمر من الشارع يقتضي المصلحة في المأمور به، والنهي منه يقتضي المفسدة في المنهي عنه، فيكون تعارض المانع والمقتضي معناه تعارض المفسدة والمصلحة، وقد تقدم في القاعدة الماضية أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

فيكون هنا مراعاة الدليل المانع من الفعل مقدمة على مراعاة الدليل الآمر بالفعل كذلك، ويراعى في هذه القاعدة ما جاء من الاستثناء في القاعدة الماضية[(١)].

*** (١٣) البقاء أسهل من الابتداء (م ٥٦):**

أتى السيوطي بهذه القاعدة بلفظ آخر يتضمن المعنى نفسه فقال: «الدفع أقوى من الرفع».

التصرفات الشرعية من قولية وعملية تحتاج لانعقادها وصحتها إلى شروط، وهذه الشروط يجب أن تبقى مرافقة للتصرف ما دام قائما، فإذا زالت الصحة عن التصرف بزوالها.

فإذا افتقد التصرف شرطا من شروطه عند عقده، كان باطلا أو فاسدا بحسب نوع الشرط المفتقد، فإذا تم التصرف مستكملا شروطه، ثم افتقد شرطا من شروط صحته التي يلزم استمرارها، فإنه يعود إلى الفساد، هذا هو الأصل.

وهناك حالات يغضى فيها عن افتقاد الشرط هذا، ولا يفسد التصرف به، وليس هنالك حالة واحدة يغضى فيها عن شرط من شروط الصحة أو الانعقاد

(١) انظر المراجع السابقة.

المرافقة للتصرف عند إنشائه، ذلك أن بقاء التصرف أسهل من إنشائه، فاغتفر لذلك في بقائه انتفاء بعض الشروط، ولم يغتفر شيء من ذلك في إنشائه.

- **والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:**

١) الأهلية شرط من شروط انعقاد الإجارة، فإذا أجر مجنون داره من آخر كان الإيجار باطلا، فإذا أجره وهو عاقل ثم جن بعد ذلك، بقيت الإجارة قائمة[١] ولم تبطل.

٢) إذا باع رجل عبده الآبق، لم يصح البيع لعدم القدرة على التسليم، فإذا باعه ثم أبق قبل تسليمه لم يفسد العقد، حتى إذا عاد إليه فسلمه للمشتري تم البيع ولزم.

٣) إذا أراد رجل السفر في رمضان جاز له الإفطار في سفره بشرط أن يخرج من بلده قبل الفجر، فإن خرج منه بعد الفجر لم يبح له الإفطار في ذلك اليوم، حتى إذا أفطر وجبت عليه الكفارة، لأن السفر شرط الرخصة، فوجب قيامه عند ابتدائها، فإذا عاد من سفره في منتصف النهار وهو مفطر حرم عليه الأكل والشرب والجماع بقية اليوم، لزوال الرخصة بزوال السفر، لكنه إذا أكل أو شرب أو جامع في ذلك اليوم لم تلزمه الكفارة[٢].

* (١٤) يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء (م ٥٥):

هذه القادة تطبيق للقاعدة السابقة ونتيجة لها، فإذا كان البقاء أسهل من الابتداء، كان منطقيا أن يغتفر في الأسهل ما لا يغتفر في الأصعب منه، والأمثلة على ذلك كثيرة، وهي أمثلة القاعدة الماضية نفسها، فليرجع إليها[٣].

---

(١) انظر المادة (٤٥٨) من المجلة.

(٢) انظر السيوطي (ص١٥٣)، وشرح المجلة (١/ ١٣٨)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٠٢-١٠٠٣)، والاختيار (١/ ١٣٣)، ورد المحتار (٢/ ٤٣١).

(٣) انظر المراجع السابقة نفسها.

*** (١٥) الحقيقة تترك بدلالة العادة (م ٤٠):**

هذه القاعدة هي مضمون قاعدة سابقة: «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة»، وقد تقدم في شرح القاعدة المشار إليها، أن المعنى الحقيقي للفظ يترك إذا تعذر عقلا، ويصار إلى المجاز، فمن حلف أن يأكل من هذه الشجرة انصرف كلامه إلى ثمرها لتعذر الأكل من ساقها وأوراقها عقلا.

فإذا تعسرت الحقيقة عادة، ولم تتعذر عقلا كان الحكم كذلك أيضا للتسوية بين المتعذر عقلا والمتعسر عادة وعرفا، وذلك كمن حلف لا يشرب من هذه البئر، فشرب من مائها بدلو فإنه يحنث، لأن الشرب من البئر بالنزول إليه متعسر عادة، فكان كالمتعذر عقلا، فتركت الحقيقة به إلى المجاز[١].

*** (١٦) لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (م ١٣):**

العقلاء يعبرون عن مرادهم بأقوال أو أعمال تدل على مرادهم، وعلى ذلك فكل من القول والعمل دليل على الإرادة، إلا أن في دلالة ذينك طريقين: طريق التصريح، وطريق الدلالة.

فالتصريح هو التعبير عن الإرادة بألفاظ وأفعال وضعت لذلك أصلا، كالتعبير عن البيع بكلمة «بعت»، وعن الإجارة بلفظ «آجرت»، وعن قبض المبيع بتسلمه باليد.

أما الدلالة فهي التعبير عن الإرادة بألفاظ وأعمال لم توضع أصلا لذلك، وإنما استفيد ذلك منها عن طريق القرائن المحيطة من عرف، وبساط حال.

وذلك مثل سكوت البكر عندما يستأذنها وليها في تزويجها من رجل معين، فإنه بمثابة قولها: «قبلت»، مع أن السكوت لم يوضع لذلك أصلا، وإنما فهم منه ذلك بدلالة العرف.

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٦٨)، وشرح المجلة (١/ ٩٣-٩٤)، والمدخل الفقهي (٢/ ٦٠٨).

وكذلك من باع سلعة فتسلمها المشتري أمامه، وهو ساكت لا يعارض، فإنه دليل على الرضا عن القبض بقرائن الحال، وهكذا.

والقاعدة هذه تعني أن كلا من التصريح والدلالة طريق صحيح للتعبير عن الإرادة، فإذا تعارضا قدم التصريح لقوته.

- **ولذلك أمثلة كثيرة، منها:**

١) باع كتابه من آخر بثمن معجل، ولم يقبض ثمنه، فمد المشتري يده للكتاب ليأخذه، فقال البائع: لا أوافق على تسلمك إياه قبل دفع الثمن، فأخذه ولم يأبه، لم يكن ذلك قبضا شرعيا صحيحا، وللبائع استرداده، ولو سكت ولم يقل له شيئا كان قبضا شرعيا، وليس له استرداده بعد ذلك.

٢) تصدق رجل على آخر بمبلغ من المال فسكت المتصدق عليه، صحت الصدقة وملكها المتصدق عليه، واعتبر ذلك قبضا ورضا بها، فلو صرح بالرد لم يملكها، تقديما للتصريح على الدلالة[١].

***

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٣٨-٤٠)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٥٨-٩٥٩).

سابعا: نظرية ضوابط الاجتهاد

الاجتهاد معناه: بذل الجهد من المجتهد للوصول إلى الحكم الشرعي، وذلك يكون بفهم النص على وفق القواعد اللغوية، أو القياس عليه بعد معرفة العلة التي أنيط بها حكم الأصل.

وللاجتهاد الصحيح المقبول شروط وضوابط توسع الفقهاء في ذكرها، واتفقوا في بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر، ونتج عن ذلك بعض القواعد الكلية، منها:

* (١) لا مساغ للاجتهاد في مورد النص (م ١٤):

الاجتهاد في الاصطلاح هنا معناه بذل الجهد في الحصول على الحكم الشرعي من مصادره، والنص هنا المراد به نصوص القرآن والسنة، وكذلك الإجماع فإنه ملحق بها في الحكم، لأنه قطعي مثلها.

- **والاجتهاد على قسمين:**

١) اجتهاد في فهم النص، وذلك عندما يكون النص غامضا محتملا غير واضح، مثل قول النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث**»، فقد اجتهد الفقهاء في المراد بالقلتين، واختلفوا فيه لغموضه.

ومثل قول الله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[1]، فقد اجتهد الفقهاء في معنى القرء، واختلفوا فيه لاحتماله أكثر من معنى.

٢) اجتهاد في إلحاق الحكم بالنص، عن طريق القياس أو الاستصلاح أو غير ذلك من الأدلة التبعية الاجتهادية، من عرف أو استصحاب أو غيرها.

فأما القسم الأول فإن كان النص صريحا في إفادته معناه ولا غموض فيه،

---

(١) الآية (٢٢٨) من سورة البقرة.

فإن الواجب إعمال النص دون أي اجتهاد فيه، وهذا هو المقصود بالقاعدة.

وإن كان النص غامضا جاز إعمال الرأي، والاجتهاد في فهمه على ضوء اللغة وأدلة الشرع الأخرى، بشرط ألا يعارض ذلك نصا صريحا آخر.

فأما القسم الثاني فإن الاجتهاد وارد فيه ما لم يعارض ذلك الاجتهاد نصا صريحا، فإذا عارض فالعبرة للنص.

والخلاصة أن الاجتهاد صحيح في عدم مقابلة النصوص الصريحة، فإذا كانت النصوص صريحة امتنع الاجتهاد في فهمها، وبقي في القياس عليها وإلحاق غيرها بها، وذلك لأن النصوص بما فيها الإجماع مقدمة على الاجتهاد.

- **والأمثلة التطبيقية على ذلك كثيرة، ومنها:**

١) قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه**»، فالقول اجتهادا بقبول اليمين من المدعي بدلا من الشهادة قول مخالف للنص الصريح، فلا يعول عليه.

٢) قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لحبان بن منقذ: «**إذا بايعت فقل: لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام**»، فالقول ببطلان خيار الشرط قياسا على سائر الشروط الجعلية غير الصحيحة في العقد قول مخالف للنص، فلا يؤخذ به.

هذا إذا كانت النصوص صحيحة، فإذا كانت غير صحيحة، كالأحاديث الضعيفة، أو الموضوعة، أو الإجماع الذي لم يستقر ولم يثبت، جاز الاجتهاد في مقابلتها، لا من تقديم الاجتهاد على النص، ولكن لعدم حجية النص[1].

❊ (٢) الاجتهاد لا ينقض بمثله (م ١٦):

الاجتهاد فيما لا يصادم نصا صريحا صحيح يحتج به شرعا لأدلة كثيرة، ليس هذا محل إيرادها.

---

(١) انظر شرح المجلة ١/ ٤٠-٤٢، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٩٥-٩٩٦).

فإذا اجتهد إنسان فيما لا يصادم نصا صريحا، وعمل بما أداه إليه اجتهاده، ثم بدا له اجتهاد آخر يناقض الاجتهاد الأول، لم ينقض الاجتهاد الأول بالثاني، بل يحكم ببقاء الأول ورد الثاني.

هذا إذا كان الاجتهادان في مسألة أو قضية واحدة، فإذا اختلفت المسألة أو القضية أخذ بالاجتهادين معا، كل في القضية التي جرى فيها.

ذلك أن الاجتهاد الأول جاء صحيحا فاحتج به، أما الثاني فكان مخالفا للأول، وهو ليس أرجح منه، فلم ينسخ الأول به.

فإذا كان الاجتهاد الثاني المخالف جاء في قضية جديدة غير الأولى أخذ به، لقول عمر -رضي الله تعالى عنه-: «تلك على ما قضينا، وهذه على ما نقضي» (١).

وسواء أخالف المجتهد نفسه في الاجتهاد الثاني أو خالفه غيره في الحادثة نفسها، فإن الأول لا ينقض بالثاني مطلقا.

- **والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:**

١) إذا قضى القاضي برد شهادة الشهود في دعوى لفسقهم، لم يجز له ولا لغيره أن يحكم بعدالتهم في الدعوى المعروضة نفسها، فإذا شهدوا في دعوى ثانية جاز الحكم بعدالتهم.

٢) إذا اجتهد المصلي في القبلة، فصلى ركعة، ثم تغير اجتهاده، استدار في صلاته، ولم تبطل ركعته الأولى.

هذا كله إذا كان الاجتهاد الأول صحيحا غير مخالف لنص صريح، فإذا كان مخالفا لنص صريح لم يعتبر، ويؤخذ بالاجتهاد الثاني المخالف له، ما دام غير مخالف للنص أيضا(٢).

---

(١) وذلك في المسألة اليمية أو الحمارية، وهي المسألة المشتركة، وهي مسألة فيها زوج وأم، وأخوان لأم، وإخوة أشقاء، فقد حكم عمر فيها أولا بالتعصيب للإخوة الأشقاء، وحكم بها ثانيا بالتشريك بينهم وبين الإخوة لأم في الثلث، ذكرهم وأنثاهم سواء. انظر كتابنا الأحوال الشخصية (ص٣٦٤).

(٢) انظر ابن نجيم (١/ ١٣٩-١٤٤)، والسيوطي (ص١١٣-١١٦)، وشرح المجلة (١/ ٤٥-٤٨)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٩٦-٩٩٧).

* (٣) ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه (م ١٥):

هذه القاعدة ضابط وشرط من شروط صحة القياس، فإن من شروط صحة القياس ألا يكون الأصل معدولا به عن القياس، فإذا كان معدولا به عن القياس (استحسان) لم يصح القياس عليه.

- **ولهذا أمثلة كثيرة، منها:**

١) إذا غصب إنسان دارا أو دابة من آخر، فإنه لا يضمن منافعها الفائتة بالغصب عند الحنفية، ولا يجوز قياس الغصب على الإجارة في ذلك، لأن الإجارة مشروعة استحسانا على خلاف القياس، لعدم مالية المنافع عند الحنفية فلم يجز القياس عليها.

٢) لا يكتفى بشهادة رجل واحد في الدعاوى، لكن بشاهدين عدلين، ولا يقاس ذلك على شهادة خزيمة - رضي الله تعالى عنه - لأنها جاءت على خلاف القياس، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «**من شهد له خزيمة أو عليه فقد كفاه**»[(١)].

٣) من أكل أو شرب مخطئا في رمضان فسد صومه عند الحنفية ووجب عليه القضاء، ولا يجوز قياس ذلك على النسيان بجامع عدم القصد في كل، ذلك أن النسيان ثبت عدم فساد الصوم به بالاستحسان خلافا للقياس، لحديث: «تم على صومك، فإنما أطعمك الله وسقاك»[(٢)].

* (٤) إذا زال المانع عاد الممنوع (م ٢٤):

المانع في الاصطلاح: ما توقف وجود غيره على زواله على رغم توفر جميع الشروط.

وإن كثيرا من الأحكام تحول بعض الموانع دون نفاذها وتعد موقوفة، وتبقى

---

(١) انظر الاستيعاب لابن عبد البر في ترجمة خزيمة رضي الله تعالى عنه.

(٢) انظر نيل الأوطار (٤/ ٢٣١)، وشرح المجلة (١/ ٤٢-٤٥)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٩٧-٩٩٨).

كذلك ما دام المانع قائما، فإذا زال المانع عاد الحكم الممنوع إلى النفاذ.

- **ولهذا أمثلة كثيرة، منها:**

١) الصغر مانع من قبول الشهادة، وكذلك الجنون والعمى، فإذا كبر الصغير وعقل المجنون وأبصر الأعمى قبلت شهادتهم لزوال المانع.

٢) إذا اشترى إنسان سلعة، ثم اطلع على عيب قديم فيها، جاز له رد السلعة للعيب، فإذا أحدث فيها عيبا جديدا امتنع عليه الرد بالعيب القديم، لأن العيب الجديد مانع من الرد، فإذا أزال المشتري منها ما أحدثه من عيب فيها، جاز له ردها بالعيب القديم لزوال المانع.

٣) إذا وهب إنسان سلعة من آخر وسلمها له ثم أراد استردادها، كان له ذلك عند الحنفية ما دامت السلعة قائمة بحالها[١]، فإذا أدخل عليها الموهوب له زيادات متصلة امتنع على الواهب استردادها، كأن تكون أرضا فيبني فيها أو يغرس أشجارا، فإذا أزال الموهوب له ما أحدثه من تغيير، رجع للواهب حقه في الاسترداد[٢].

* (٥) ما حرم أخذه حرم إعطاؤه (م ٣٤):

الحرمة في الأمور المحرمة صفة مطلقة تصيب كل الأطراف المتعلقة بها على سواء، كالربا مثلا، فإن أخذه حرام على الآخذ، وكذلك إعطاؤه على المعطي حرام أيضا، لأنه لولا المعطي لما وجد الآخذ ولولا الآخذ لما وجد المعطي، فهما طرفا علاقة واحدة، فكان حكمهما واحدا.

وكذلك الخمرة، يحرم أخذها شراء أو اقتراضا أو غير ذلك، فكذلك الحكم في إعطائها بيعا أو إقراضا أو غير ذلك.

ومثل ذلك المحرمات كلها، كالرشوة يحرم أخذها وإعطاؤها، وأجرة

---

(١) بشرط ألا يكون الموهوب له زوجا للواهب، أو ذا رحم منه، وإلا امتنع عليه الاسترداد لذلك.

(٢) انظر شرح المجلة (١/ ٦١، ٦٣)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٩٨).

النائحات والمغنيات، هي حرام على الآخذ والمعطي على سواء.

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة بعض أمور تحل للمعطي، ولا تحل للآخذ، وذلك مثل دفع الرشوة للوصول إلى حق إذا تمحض ذلك طريقا إليه، فإنه يحل للمعطي للضرورة، وكذلك دفع المال للغاصب لتخليص الغصب منه، فإنه جائز للدافع ضرورة الوصول إلى حقه، ولا يحل للآخذ الغاصب لأنه محض ظلم.

وهذا الاستثناء هو في الواقع تطبيق لقاعدة سابقة هي: «الضرورات تبيح المحظورات» وقد تقدم الكلام عليها [1].

* (٦) ما حرم فعله حرم طلبه (م ٣٥):

هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة تقريبا، وتطبيقاتها قريبة من تطبيقاتها، وهي تعتمد على أن الحرمة وصف مطلق يصيب كل المشتركين فيه على سواء.

فالزنا مثلا حرام، ولذلك حرم القيام به، وحرم طلبه من الغير، وكذلك الربا وشرب الخمرة وغيرها من المحرمات الأخرى، فإنه يحرم فعلها، ويحرم طلبها من الغير على سواء.

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة بعض حالات تضبطها قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» كما تقدم في القاعدة السابقة.

- **من هذه الحالات:**

١) رجل ادعى على آخر دعوى صادقة، ولا بينة له، فأنكر المدعى عليه الحق، واستعد لليمين، فإنه يجوز للمدعي تحليفه اليمين هنا، مع أنها كاذبة لا تحل، وذلك لضرورة الوصول إلى حقه بالنكول، فإنه مرجو.

٢) طلب الجزية من الذمي حلال، مع أن دفعها من الذمي حرام عليه، لأنها

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٨٩-١٩٠)، والسيوطي (ص١٦٧)، وشرح المجلة (١/ ٧٧-٧٨)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٩٩-١٠٠٠).

بدل الإسلام في حقه، وذلك لضرورة ترغيبه في الإسلام[1].

***

(١) انظر المراجع السابقة.

ثامنا: نظرية الولاية

الولاية في اصطلاح الفقهاء: سلطة شرعية يسوغ لصاحبها التصرف بالشيء محل الولاية تصرفا نافذا.

وهذه هي الولاية الخاصة، أما الولاية العامة فهي الرئاسة السياسية.

وللولاية بقسميها العامة والخاصة شروط وضوابط وآثار شرعية ضبطها الفقهاء، وقعدوا لذلك قواعد، منها:

* (١) التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨):

هذه القاعدة جاءت عامة، تعم السلطان ومن دونه من أولياء الأمور الذين يعينهم السلطان مباشرة، أو بشكل غير مباشر، فتعم بذلك كل موظفي الدولة العامين، وكذلك تعم الأولياء والأوصياء، فإن لهم ولاية على من تحت ولايتهم أو وصايتهم.

وقد أورد ابن نجيم والسيوطي هذه القاعدة في أشباههما بلفظ أخص من ذلك، فقالا: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة».

فخرج بذلك ولاية الولي والوصي، ولذلك كان لفظ المجلة هذا أعم وأشمل، وهو الأفضل.

وإن تصرف الولي سواء أكان سلطانا، أم من دونه من الأولياء والأوصياء والموظفين العامين إما أن يكون مبنيا على نص شرعي صريح، أو على اجتهاد، فإن كان مبنيا على نص، فلا خلاف في أنه صحيح للنص، وإن كان على اجتهاد، فإنه يعتبر صحيحا نافذا ما دام موافقا للمصلحة، فإذا جافاها كان غير نافذ.

- **ولذلك أمثلة كثيرة، منها:**

١) لا يجوز لأولياء الأمور أن يأخذوا من المال العام لأنفسهم أكثر من

حاجتهم وحاجة من يجب عليهم أن يعيلوه، فإن أخذوا أكثر من ذلك فهم ظالمون لعدم المصلحة، وقد جاء في ذلك عن عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- قوله: «إني أنزلت نفسي من مال الله تعالى بمنزلة والي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإن أيسرت رددته، فإن استغنيت استعففت».

٢) إذا تصرف القاضي في أموال اليتامى بما فيه مصلحة لهم نفذ تصرفه، وإن كان فيما لا مصلحة لهم فيه لم ينفذ تصرفه، ولهذا لم يكن له بيع مالهم بغبن فاحش، وكذلك الشراء لهم لا يصح مع الغبن الفاحش.

ومثل القاضي هنا الولي والوصي، فإن تصرفهما في مال اليتيم رهن بالمصلحة، إن توفرت نفذ، وإلا لم ينفذ، ويستثنى من ذلك الأب، فإن له البيع بغبن فاحش والشراء كذلك، لغلبة شفقته مما يظن معه توفر المصلحة لهم فيه تقديرا(١).

٣) إذا وقع الأسرى في يد الإمام خير بين استرقاقهم وقتلهم والمن عليهم، أو مفاداتهم بالمال، يفعل من ذلك ما يراه الأصلح للمسلمين، فإن قتل وهو يعلم أن الاسترقاق أصلح أثم، وكذلك إذا منَّ وهو يعلم أن الفداء أصلح أثم، وهكذا. (٢)

* (٢) الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة (م ٥٩):

الولاية تعني: إنفاذ التصرف على الغير، شاء أم أبى.

وهي على قسمين: ولاية عامة، وهي ولاية السلطان والقاضي والموظفين العامين نيابة عنه على المسلمين، وولاية خاصة، وهي ولاية الأولياء والأوصياء على القاصرين ومن في حكمهم من المجانين والغائبين.

والأولياء على درجات، وهذه الدرجات منوطة بشروط وأحكام، ومقسومة

---

(١) وذلك في قول للحنفية.

(٢) انظر ابن نجيم (١/ ١٥٧-١٦٠)، والسيوطي (ص٣١٤-٣١٦)، وشرح المجلة (١/ ١٤١-١٤٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٣٥-١٠٣٧).

إلى أنواع، وهذه القاعدة تشير إلى ضابط في الولاية، وهو إذا تعارضت ولاية عامة وولاية خاصة، كانت الولاية الخاصة هي الأقوى، وهي المقيدة، وكذلك فإن الولاية الخاصة أوسع صلاحية في التصرفات من الولاية العامة.

- **ولذلك أمثلة، منها:**

١) إذا اختلف في زواج الصغيرة الولي والقاضي، قدم الولي لقوة ولايته، وكذلك التصرف في مال الصغيرة، فإن القاضي لا يملكه مع قيام الولي، لقوة ولايته الخاصة.

٢) إذا أذنت الفتاة البالغة لأبيها بتزويجها من غير الكفء فزوجها، جاز ولزم، فإذا أذنت للقاضي بتزويجها من غير الكفء ففعل، لم يلزم، لأن القاضي لا يملك ذلك، بخلاف الولي حفاظا على حقه.

٣) لولي الدم أن يعفو عن القاتل المتعمد، فيسقط القصاص بذلك، وليس للقاضي أن يعفو عن القاتل إذا لم يكن للقتيل ولي دم، ولكن له أن يقتص أو يصالح لا غير.

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة بعض حالات تكون الولاية العامة فيها أقوى من الولاية الخاصة، وذلك لأدلة خاصة، من ذلك:

١) الإقراض من مال القاصر، فإن للقاضي أن يقرض من مال القاصر لمن شاء، وليس للوصي ذلك، وذلك لأن القاضي قادر على تحصيل الدَّين لشوكته، وليس الوصي كذلك.

٢) للقاضي إيجار عقار الوقف مدة طويلة، وكذلك عقار القاصر، وليس للولي ولا للناظر إيجار عقار الوقف أكثر من سنة إن كان مسكنا، وثلاث سنوات إذا كان أرضا زراعية، وذلك خشية أن يظن بالمستأجر ملكيته للعقار المستأجر مما تفوت معه مصلحة الوقف، وذلك غير وارد في حق الإمام والقاضي لشوكتهما[1].

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٩١-١٩٢)، والسيوطي (ص١٧١-١٧٣)، وشرح المجلة (١/ ١٤٧-١٥١)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٣٤-١٠٣٥).

* **(٣) لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه (م ٩٦):**

الملك في الاصطلاح الفقهي: اختصاص حاجز شرعا يباح معه التصرف إلا لمانع.

فمعنى كلمة حاجز تدل على أنه ليس لغير المالك أن يتصرف في مال المالك إلا بإذن منه، وقد شرع الإسلام ذلك حرصا على حق الملكية، وعلى ذلك قرر الفقهاء أحكاما كثيرة، منها:

١) لا يجوز لأحد أن ينتفع بمال مملوك لغيره إلا برضا من مالك المال، عن طريق الشراء أو الاستئجار أو الاستعارة أو الاقتراض، وعلى ذلك حرمت السرقة والغصب والإكراه.

٢) لا يجوز للسلطان والقاضي وغيرهما بيع مال إنسان أو شراؤه منه بلا رضاه.

إلا أن القاعدة هذه ليست على إطلاقها، ولكنها مقيدة بالإنسان العاقل البالغ الذي يملك التصرف في ماله، فإذا كان قاصرا أو محجورا عليه، لم يكن لإذنه أي اعتبار، بل الإذن هنا للشارع مباشرة.

وقد أذن الشارع للولي والوصي في هذه الأحوال بالتصرف عن القاصر والمحجور عليه دون التوقف على إذنه، فيكون على ذلك تصرف الولي والوصي نافذا منذ صدوره، إلا أنه منوط بالمصلحة لما تقدم من القاعدة: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة».

يستثنى من هذه القاعدة بعد تقييدها بما تقدم حالة الضرورة، فإنها يباح معها التصرف بالمال لغير المالك بدون إذن المالك للقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات».

- **ولذلك أمثلة كثيرة، منها:**

١) بيع القاضي مال المدين بدين مستغرق لدى بعض الفقهاء جبرا عنه، وفاء لحق الدائنين، فإنه يجوز لضرورة وفاء حق الدائنين.

٢) استملاك الأرض جبرا عن مالكها لتوسيع الشارع إذا ضاق بالمارة، فإنها مصلحة حاجية أو ضرورية، فيعد لذلك استملاك الأرض معها مباحا بدون إذن المالك للضرورة، ولأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة للقاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة خاصة كانت أو عامة».

هذا وعدم الجواز الذي نص عليه في القاعدة له معنيان، هما:

١) الإثم الأخروي، فإن من تصرف في ملك غيره بغير إذنه كان آثما ومعذبا على ذلك عند الله تعالى.

٢) المحاسبة الدنيوية، وذلك بترتيب الضمان على التصرف بلا إذن المالك إذا كان التصرف فعليا، وقد ألحق بالمالك ضررا لا يمكن رفعه، فإذا كان الضرر المترتب يمكن رفعه حكم برفع الضرر.

فإذا كان التصرف قوليا حكم بتوقفه على إذن المالك، فإن أذن نفذ، وإلا بطل[1].

*** (٤) الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل (م ٩٥):**

هذه القاعدة نتيجة وأثر وتفسير لمعنى نفي الجواز في القاعدة السابقة عليها، فما دام التصرف في ملك الغير بلا إذن لا يجوز، فكذلك الأمر بهذا التصرف للقاعدة: «ما أدى إلى الشيء أعطي حكمه»، ثم إن المنع مؤداه بطلان الممنوع وعدم ترتب أي أثر عليه.

- **وعلى ذلك أمثلة كثيرة، منها:**

١) لو أمر رجل آخر أن يتلف ماله (أي: مال المأمور) أو يعطيه لغيره، ففعل لم يضمن الآمر شيئا لبطلان الأمر، وذلك وفقا للقاعدة: «يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا»[2].

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٦٢-٢٦٤)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٢٤-١٠٢٥).

(٢) انظر المادة (٨٩) من المجلة.

٢) لو قال الدائن لمدينه: أعط ديني لمن شئت، فأعطاه لمن شاء، لم يبرأ المدين من الدين بذلك، لبطلان الأمر، ذلك أن الدين لا يتعين بالتعيين.

إلا أن هذه القاعدة مقيدة، وليست على إطلاقها، وذلك بأن يكون الأمر بغير حق، فإذا كان أمرا بحق كان صحيحا تترتب عليه آثاره، وليس باطلا.

- **ولذلك أمثلة، منها:**

١) أن يكون له شريك، فيأمره بوفاء دينه فيفعل، فإنه يرجع عليه بما وفاه عنه، لأن أمره كان بحق لوجود الشركة التي تتضمن الوكالة.

٢) أن يأمر الأب المعلم بضرب الولد وتأديبه، فيضربه ضربا معتادا فيتضرر منه، فإنه لا ضمان على المعلم، لأن أمر الأب له أمر بحق، فإن الأب يملك ذلك.

كما يستثنى من إطلاق هذه القاعدة ما إذا كان في الأمر شبهة الحق، كأن يأمر إنسان آخر بذبح شاته، فيذبحها، فإذا هي ليست شاته، والذابح لا يعلم ذلك، فإن الضمان هنا على الآمر لا الذابح، والذابح معذور في فعله، لأن الآمر أضاف الشاة لنفسه في الأمر.

كما يستثنى أيضا من إطلاق هذه القاعدة، حالة ما إذا كان المأمور معذورا في الفعل، ولهذا صور عديدة، منها:

١) أن يكون المأمور مكرها على الفعل من الآمر بإكراه ملجئ، كأن يهدده بالقتل إذا لم يتلف مال فلان، فإن الضمان هنا على الآمر لا الفاعل، لأن الفاعل في هذه الحال كالآلة في يد الآمر لتعطل إرادته، فإذا كان الإكراه غير ملجئ لم يعتد به، ويكون ضمان ما تلف على الفاعل.

٢) أن يأمر صغيرا غير مميز بإتلاف مال إنسان، فإن الضمان على الآمر لا المتلف، لعدم الإرادة من هذا الصغير[١].

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٦٠-٢٦٢)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٢٥-١٠٢٦).

*** (٥) لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي (م ٩٧):**

الأخذ نوع من التصرف، والتصرف في مال الغير بغير إذنه ممنوع بالقاعدتين السابقتين، فكذلك أخذ مال الغير، فإنه ممنوع، لأنه تصرف.

وبذلك تكون هذه القاعدة تأكيدا للقاعدتين السابقتين، وتطبيقا لهما، إلا أن فيها تصريحا بما تضمنته القاعدتان السابقتان تضمنا بدون تصريح، وهو أن عدم جواز أخذ مال الغير مشروط بألا يكون له سبب شرعي، فإذا كان له سبب شرعي كان جائزا.

- **ولذلك أمثلة كثيرة، منها:**

١) لا يجوز لأحد أن يغصب مال أحد، ولا أن يسرقه، ولا أن يكرهه على بيعه أو إجارته منه أو من غيره، ولكن له أن يأخذ من ماله بلا إذنه مقدار دينه، إذا امتنع عن وفاء الدين.

٢) يجوز للأب الفقير أن يأخذ من مال ابنه القاصر لنفسه مقدار حاجته، لوجوب نفقته عليه، وهي سبب شرعي لذلك [١].

***

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٦٤-٢٦٦)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٢٦-١٠٢٨).

تاسعا: نظرية الشروط الجعلية في العقود

الشروط الجعلية هي: الشروط التقييدية التي يذكرها العاقدان في عقدهما زيادة عما يقتضيه العقد بحكم الشارع، كاشتراط نقل المبيع إلى بيت المشتري، أو خياطة الثوب على البائع.

وللفقهاء اتجاهان في جواز تقييد العقود بالشروط الجعلية: مذهب المضيقين وهو مذهب الجمهور، ومذهب الموسعين وهو المذهب الحنبلي، ولكل مذهب ضوابطه لقبول الشرط الجعلي أو رفضه، وبيان أثره على صحة العقد المشروط فيه.

وفي ذلك بعض القواعد الكلية، منها:

*** (١) يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان (م ٨٣):**

الشرط المراد هنا في هذه القاعدة هو الشرط الجَعلي، وهو الشرط المعتبر الذي يتفق عليه المتصرفان في التصرف، والمراد بقدر الإمكان هنا الإمكان الشرعي، وهو عدم قيام مانع شرعي أمام صحة هذا الشرط، والإمكان العادي أيضا، وهو القدرة على تنفيذ الشرط من غير حرج.

فإذا تعذر تنفيذه للمانع الشرعي أو الحرج ألغي الشرط، وبقي التصرف صحيحا على حاله، أو ألغي الشرط والتصرف جميعا، وذلك بحسب حال ذلك الشرط الممنوع.

وقد اختلف الفقهاء في مدى حرية المتعاقدين في الشروط الجعلية في العقود توسعة وتضييقا إلى مذهبين[١]:

١) فذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى أن الأصل المنع من الشروط الجعلية التي ليست من مقتضى العقد، ولا يباح ذلك إلا في حدود ضيقة اختلفوا فيها.

---

(١) انظر كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف ١٢٥-١٢٧).

٢) وذهب الحنبلية إلى أن الأصل إباحة الشروط الجعلية إلا ما كان منها ممنوعا بنص خاص، أو كان مناقضا لمقتضى العقد.

والقاعدة هذه تؤكد وجوب الالتزام بالشرط الجعلي الصحيح الممكن، أما الشرط الجعلي غير الصحيح، والشرط الذي في التزامه حرج، فلا محل للالتزام بهما لعدم الصحة والصعوبة.

- **والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:**

١) اشترى قماشا، واشترط على البائع خياطته له، فإن كان هذا متعارفا صح الشرط ولزم، وإن كان غير متعارف فسد الشرط، وفسد البيع به لدى الحنفية، لأن المشتري من أهل المطالبة به.

٢) باعه كتابا، واشترط عليه أن يجعله في مكان جيد من بيته، بطل الشرط، وبقي البيع صحيحا، لأن الكتاب ليس من أهل المطالبة بالشرط.

٣) أودعه سلعته، واشترط عليه أن يحفظها بالإمساك بيده ليلا ونهارا، لم يلزمه هذا القيد، فإذا حفظها في بيته، فهلكت لم يضمنها[١].

*** (٢) المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط (م ٨٢):**

الشرط المراد في هذه القاعدة هو الشرط الجعلي التعليقي الصحيح، ذلك أن الشرط الجعلي على قسمين: شرط تعليقي، وشرط تقييدي.

فالشرط التعليقي كأن يقول رجل لعبده: إن جاء أخي فلان من السفر فأنت حر.

والشرط التقييدي كأن يبيعه دابته بشرط أن يوصلها إلى بيته.

هذا وكل من الشرط التعليقي الصحيح والشرط التقييدي الصحيح له شروط خاصة به لا بد من توافرها لصحته، وإلا كان غير صحيح، وليس هذا مكانها[٢].

---

(١) انظر شرح المجلة (١ / ٢٣٥-٢٣٨)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠١٦-١٠١٧).

(٢) انظر كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف ١٢٥-١٢٧).

فإذا علق أحد التزاما معينا على شرط جعلي تعليقي صحيح، لم يلزمه ذلك الالتزام حتى يحصل الشرط المعلق عليه، فإن حصل الشرط لزمه الالتزام، وإلا فلا، مثله مثل السبب الشرعي، يتوقف وجود المسبب على وجوده، وكذلك هذا.

- **ولذلك أمثلة كثيرة، منها:**

١) قال لزوجته: هي طالق إذا دخلت دار فلان، فإذا دخلتها طلقت، وإذا لم تدخلها لم تطلق.

٢) قال: إذا جاء فلان من سفره، أو شفي فلان من مرضه، فإن عليه لله حجة، فإنه إن تم الشرط المعلق لزمه الحج، وإلا فلا.

هذا إذا كان الشرط المعلق عليه صحيحا، فإذا كان غير صحيح لم يرتبط به الحكم مطلقا.

والشرط التعليقي الصحيح هو الشرط الذي توافرت فيه صفتان:

١) أن يكون شيئا غير موجود وقت التعليق، وإلا كان تنجيزا لا تعليقا.

٢) أن يكون ممكن الوجود، فإذا كان مستحيل الوجود، وقع التعليق باطلا من أساسه.

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) أن يقول رجل: إن أصبحت داري هذه ملكي فهي وقف لله تعالى، وهي ملكه فعلا، فإنها تصبح وقفا منجزا، ويلغو التعليق.

٢) أن يقول رجل: إن عاد أخي الميت حيا فداري هذه وقف، وأخوه ميت، فإن وقفه يقع باطلا أصلا، لاستحالة الشرط[١].

* (٣) المواعيد باكتساب صور التعليق تكون لازمة (م ٨٤):

المواعيد في اللغة: جمع مفرده موعد، يأتي مصدرا واسم زمان واسم مكان،

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٣٢-٢٣٥)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠١٤).

وهو والوعد: إنباء الإنسان غيره بأنه سيفعل أمرا في المستقبل مرغوباً له، فإذا كان غير مرغوب له كان وعيدا.

وقيل: الوعد والوعيد سواء[١].

والوعد المجرد في التشريع الإسلامي غير ملزم للواعد قضاء عند الجمهور، وذهب المالكية إلى أنه ملزم في أحوال معينة، منها الوعد بالعقد إذا دخل بسببه الموعود تحت التزام مالي، كما إذا وعد آخر بأن يقرضه مبلغا ليدفعه مهرا في زواجه، أو ثمنا في شراء سلعة ما، فتزوج الموعود أو اشترى بناء على ذلك الوعد، فإن الواعد ملزم في هذه الحال بالوفاء بوعده كالعقد.

أما في الديانة والآخرة فهو على قسمين:

١) وعد نوى الواعد مخالفته والنكث فيه حين الوعد، فهو إثم وحرام، لما فيه من التغرير، كما إذا قال لآخر: تزوج وأنا أدفع عنك مهرك، وهو ينوي ألا يدفع عنه شيئا.

٢) وعد نوى الواعد البر فيه، ثم جدَّ له ما صرفه أو منعه من البر فيه، كما إذا وعده بمبلغ من المال، ثم عجز عنه، أو بدا له ألا يدفعه لأمر ما هو خير منه، فإنه لا يأثم بالخلف.

هذا قياسا على اليمين، فقد ثبت عن النبي ﷺ قوله: «**إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين، فأرى غيرها خيرا منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها**»[٢]، فكذلك الوعد.

وقد أخرج الترمذي، عن زيد بن أرقم، قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا وعد الرجل الرجل، ونوى أن يفي به، فلم يف به فلا جناح عليه**»[٣].

(١) المصباح المنير ومختار الصحاح، مادة «وعد».
(٢) متفق عليه، انظر البخاري (٨/ ١٥٩-١٦٥)، وسبل السلام (٤/ ١٠٣).
(٣) جامع الأصول (١١/ ٦٤٢).

هذا إذا كان الوعد مجردا، فإذا كان بصيغة التعليق أو الالتزام الجازم، كان ملزما للواعد في القضاء، كالعقد تماما، والعقد ملزم قضاء بنص القرآن الكريم: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[1]، فكذلك هذا.

وللتعليق مع الالتزام الجازم صور متعددة غير محصورة، منها: استعمال أداة من أدوات الشرط، مثل أن يقول لآخر: أجر دارك هذه من فلان، فإذا لم يدفع لك الأجر دفعته لك أنا، فإنه ملزم بدفع الأجرة بحسب وعده المعلق.

ومنها قوله لآخر: تزوج من فلانة، وعليَّ دفع المهر لها، فإنه إن تزوج منها لزم المهر الواعد بوعده المعلق، وهكذا[2].

***

(١) الآية (١) من سورة المائدة.

(٢) انظر شرح المجلة (١/ ٢٣٨-٢٤٠)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠١٤-١٠١٦).

عاشرا: نظرية التوابع

التوابع في العقود هي ما يلحق بمحل العقد بدون نص عليه فيه، كدخول المفتاح في بيع القفل، ودخول المقود في بيع الدابة.

ولذلك ضوابط وقيود نصت عليها بعض القواعد الكلية، منها:

* (١) التابع تابع (م ٤٧):

التابع للشيء: هو الملحق به على أنه جزء منه في أصله، كاليد والرأس من الحيوان، وكالغرفة من الدار، أو لأنه كالجزء منه لضرورته له، كالمفتاح للقفل، والتبيع للبقرة، وما إلى ذلك.

ومعنى القاعدة هنا أن التابع للشيء بحسب المعنى المتقدم يعد تابعا له في الحكم الشرعي أيضا.

- **ولذلك أمثلة كثيرة، منها:**

١) إذا اشترى دارا، دخل فيها حكما من غير نص جميع غرفها وجدرانها، وكل ما وضع فيها ليستقر من رفوف ونوافذ وأبواب، لأنها جزء منها أو ضرورية لها، فتكون تابعة لها في الأصل، فتلحق بها في الحكم، ويسري عليها حكم البيع، وفقا لهذه القاعدة.

٢) أقر إنسان لآخر بشاة معينة، دخل في الإقرار معها حكما صوفها وحليبها.

٣) رهن إنسان عند آخر شاة فولدت، سرى حكم الرهن على الوليد تبعا لأمه، فكان رهنا عند المرتهن حتى يقضي دينه.

٤) لو أخطأ الإمام في الصلاة بما يوجب سجود السهو، وجب السجود للسهو أيضا على المقتدي تبعا لإمامه.

٥) إذا نوى الوالد أو السيد أو الزوج المسافر الإقامة، وجبت الصلاة كاملة على الولد والعبد والزوجة، تبعا لمن هم تبع له.

٦) من حفر بئرا في أرض موات ملكها، وملك حريمها تبعا لها[١].

* (٢) التابع لا يفرد بالحكم (م ٤٨):

هذه القاعدة تابعة ومتممة وناطقة بمفهوم المخالفة للقاعدة السابقة، فقد تقدم تعريف التابع، وبيان أن للتابع حكم المتبوع، وهذه القاعدة تبين أن التابع لا يجوز إفراده بحكم مستقل غير حكم متبوعه، وهو في حكم المعدوم لعدم استقلاله بنفسه، هذا إذا كان جزءا من متبوعه، فإذا لم يكن جزءا منه كإكاف الحمار وثياب العبد جاز إفراده بالحكم.

*** ولهذا تطبيقات عدة، منها:**

١) حمل البقرة تبع لأمه، يدخل في بيعها تبعا بغير نص عليه في العقد، بموجب القاعدة السابقة، وهذه القاعدة تشير إلى أن إفراده بالبيع لا يجوز، فلو باع حمل بقرته دون البقرة لم يجز، لأن الحمل تابع لها، فلا يجوز بيعه منفردا عنها.

وكذلك حق الشرب بدون الأرض، وحق المرور بدون الدار.

٢) إذا باع حمارا دخل في البيع خطامه وإكافه تبعا، لأنهما ضروريان له، فإذا باع الإكاف أو الخطام وحده جاز، لأنه ليس جزءا من الحمار.

٣) باع دابة على أنها سريعة في الجري، فظهر أنها بطيئة، كان للمشتري حق الرد بخيار فوات الوصف، ولم يكن له استبقاؤها والرجوع بمقدار نقصان الوصف، لأن الوصف هنا تبع للدابة، فلا يفرد بثمن مستقل عنها[٢].

* (٣) يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها (م ٥٤):

لكل ماهية شرعية شروط شرعية لابد من توافرها لانعقادها وصحتها،

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٥٤)، والسيوطي (ص١٣٠)، وشرح المجلة (١/ ١٠٧-١٠٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٠٣-١٠٠٤)، وكتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف ١٧٢).

(٢) انظر ابن نجيم (١/ ١٥٤-١٥٥)، والسيوطي (ص١٣٠-١٣١)، وشرح المجلة (١/ ١٠٩-١١١)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٠٥-١٠٠٦).

فالبيع له شروط، والإجارة لها شروط، والصلاة لها شروط، وكذلك الزكاة، فإذا انتقصت الماهية شرطا من هذه الشروط، اعتبرت مختلة وباطلة أو فاسدة، بحسب نوع الشرط، ولا يغتفر شيء من ذلك أبدا.

هذا في الأمور الأصلية المقصودة في هذه التصرفات، أما الأمور التابعة الملحقة بالأمور الأصلية، فإنه يغتفر فيها بعض النقص في الشروط، ويتسامح فيه.

- **ولذلك تطبيقات عدة، منها:**

١) لا يجوز لمسلم أن يقتل مسلما إلا بحق، كالمرتد والمحارب والقاتل عمدا، فإذا تترس الكفار بقلة من أسرى المسلمين، وتعذر الوصول إلى الكفار إلا بقتل أسرى المسلمين، جاز قتل أسرى المسلمين هنا، تبعا لقتل الكفار.

٢) لو حلف لا يشتري صوفا، ثم اشترى شاة عليها صوف، لم يحنث في يمينه، لأن الصوف هنا تبع للشاة، بخلاف ما لو اشترى صوفا منفردا، فإنه يحنث[١].

* (٤) إذا سقط الأصل سقط الفرع (م ٥٠):

جاءت هذه القاعدة في الأشباه والنظائر لابن نجيم، والأشباه والنظائر للسيوطي بلفظ: «التابع يسقط بسقوط المتبوع» والمعنى واحد.

والسقوط هنا بمعنى الزوال، ومعنى القاعدة هذه إذا زال الشيء الأصلي حقا كان أو التزاما، زال ما يتبعه من فروع ملحقة به حكما، وليس العكس ضروريا.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها:**

١) إذا أبرأ الدائن مدينه عن دينه سقط الدين عنه، وبرئ كفيله أيضا إن كان له كفيل، وامتنعت مطالبته بالدين ضرورة سقوط الدين عن المدين، ذلك أن

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٥٦)، والسيوطي (ص١٣٣-١٣٤)، وشرح المجلة (١/ ١٣٠-١٣٤)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٠٦-١٠٠٧).

لزوم الدين الكفيل هو فرع عن لزومه المدين الأصلي، فلما سقط الدين عن المدين الأصلي، سقط عن الكفيل تبعا.

٢) إذا مات الفارس في الحرب قبل الغنيمة سقط سهمه، وسقط سهم فرسه تبعا لسقوط سهمه.

٣) إذا مات الموكل انعزل الوكيل.

٤) إذا انفسخ البيع الفاسد، ثم هلك المبيع قبل الرد إلى البائع، ضمنه المشتري بقيمته لا بثمنه، لسقوط الثمن بانفساخ البيع[١].

* (٥) قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل (م ٨١):

هذه القاعدة تتمة للقاعدة السابقة، واستثناء منها، وهي تقضي بأن الفرع قد يثبت في الماهية الشرعية، وتثبت له أحكامه الشرعية، دون ثبوت أصله.

وهذه القاعدة جاءت على خلاف الأصل، فالأصل أن التابع تابع لأصله، يثبت بثبوته، ويسقط بسقوطه، وينتفي بنفيه، إلا أنها جاءت بلفظ «قد»، وهي مع المضارع للتقليل.

- **ومن تطبيقات هذه القاعدة:**

١) إذا ادعى رجل خلع زوجته على مال، فإن صدقته الزوجة في ذلك ثبتت الفرقة بينهما، ووجب المال على الزوجة، وإن كذبته الزوجة ثبتت الفرقة، ولم يجب عليها المال، مع أن الفرقة فرع عن وجوب المال بالخلع.

٢) لو ادعى رجل على آخر دينا، وادعى أن فلانا كفيله، فإن صدقه المدين والكفيل وجب الدين ولزمت الكفالة، وإن صدقه الكفيل وأنكر المدين الدين لزم الدين الكفيل بكفالته، دون توجب شيء على المدين، مع أن لزوم الكفالة فرع عن ثبوت الدين.

---

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٥٥)، والسيوطي (ص١٣١-١٣٢)، وشرح المجلة (١/ ١١٥-١١٨)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٠٧).

٣) لو أقر شخص لمجهول النسب أنه أخوه، فإن صدقه أبوه بذلك ثبت نسبه منه، وإن لم يصدقه، ثبتت أخوته من المدعي، ولم تثبت بنوته من أبيه، مع أن الأخوة فرع عن ثبوت البنوة[1].

*** (٦) من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته (م ٤٩):**

الضرورات هنا هي الأشياء التي تتبع شيئا آخر هي مثله في الدخول تحت دلالة اسمه، لا من طريق وضع اللفظ، بل من طريق ضرورة أن التناول لا يتردد فيه.

وعلى هذا فكل من ملك شيئا بعقد أو غيره ملك ما هو تابع لهذا الشيء، إذا كانت تبعيته له ضرورية بالمعنى السابق للضرورة.

وهذه القاعدة تأكيد وتطبيق لقاعدة سابقة هي: «التابع تابع»، وقد مر شرحها، وبيان أمثلتها.

- **ومن تطبيقات هذه القاعدة:**

١) من اشترى دارا شراء مستوفيا شروطه ملكها وملك مفتاحها، وإن لم ينص عليه في العقد، لأنه تابع ضروري لها.

٢) من اشترى بقرة حلوبا ملكها، وملك معها تبيعها حكما، لأنها لا تدر الحليب إلا به، فكان ضروريا لها[2].

*** (٧) إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (م ٥٢):**

المراد بالشيء هنا الماهيات الشرعية، وهي كثيرا ما تتضمن شروطا وأحكاما وقيودا، فإذا ما حكم ببطلان الماهية الشرعية عقدا كانت أو غيره، بطل ما تضمنته من شروط وأحكام وقيود حكما، ذلك أن ما في ضمن الماهية فرع عنها، وبموجب القاعدة السابقة: «إذا سقط الأصل سقط الفرع» يسقط كل ما تضمنته الماهية، فيسقط هنا لذلك.

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٣١)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٠٧-١٠٠٨).

(٢) انظر شرح المجلة (١/ ١١١-١١٥)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٠٤-١٠٠٥).

- **ولهذا تطبيقات كثيرة، منها:**

١) باع رجل من آخر سلعة بثمن مؤجل، وكفل ثالث الثمن للبائع، ثم ظهر أن البيع باطل، بطل الثمن، وبطلت الكفالة، لأنهما متضمنان في البيع، فلما بطل البيع بطلا.

٢) باع رجل من آخر سلعة، وضمن له نقلها إلى منزله، وهو شرط متعارف عليه، ثم ظهر أن البيع باطل، بطل تعهد البائع بالنقل.

٣) صالح رجل خصمه على مبلغ من المال، ثم ظهر أن لا حق للخصم عنده، بطل الصلح، وسقط المال عن ملتزمه، لسقوط الحق الأصلي.

٤) إذا فسد البيع وجب على المتبايعين فسخه والتراد، إذا كان قد حصل بعده قبض، فإذا هلك المبيع لدى المشتري قبل الرد وجب عليه قيمته لا ثمنه، لفساد الثمن بفساد البيع [١].

* (٨) إذا بطل الأصل يصار إلى البدل (م ٥٣):

مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي متعددة، وكلها إذا قامت صحيحة وجب على الملتزم الوفاء بما نتج عنها من التزام كما وجب، وهو المسمى لدى الأصوليين بالأداء، فإذا تعذر عليه دفع عين الواجب عليه (الأداء) لمانع، وجب عليه دفع البدل عنه، وهو المسمى لدى الأصوليين بالقضاء.

وهذه القاعدة تشير إلى هذا الحكم، فتجعل الأداء الذي هو دفع عين الواجب بالالتزام أصلا، وتجعل القضاء الذي هو دفع بدل الواجب بدلا، ومعلوم من القواعد العامة أنه لا يقبل دفع البدل مع القدرة على الأصل، فإذا تعذر الأصل قام البدل مقامه.

ومعنى «بطل» في هذه القاعدة: تعذر، ولهذا استبدل أستاذنا الجليل مصطفى

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ١٢٢-١٢٧)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٠٨-١٠٠٩)، وكتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف ١٨٥).

الزرقاء في مدخله بكلمة «بطل» كلمة «تعذر»، لأنها أوضح منها.

هذا ولكل من الأداء والقضاء أقسام لدى الأصوليين، ولا يجوز اللجوء إلى القضاء مع القدرة على الأداء بأي نوع من أنواعه.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات عدة، منها:**

١) إذا تعذر عليه الوضوء لفقدان الماء أو لمرض وجب عليه التيمم، لأنه بدل عن الوضوء.

٢) إذا تعذر عليه غسل يده في الوضوء لجرح وجب عليه المسح على الجبيرة، لأنه بدل عن الغسل في الوضوء.

٣) إذا غصبه شيئا، ثم تلف عنده وجب عليه مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا، فإذا لم يتلف وجب عليه رده عينا، لأن رده عينا أصل، ورد مثله أو قيمته بدل، ولا يصار إلى البدل مع القدرة على الأصل، فإذا تعذر الأصل وجب البدل.

٤) باع رجل سلعة من آخر، فإذا هي معيبة[١]، جاز للمشتري ردها بخيار العيب، فإذا تعذر الرد لهلاك السلعة أو تعيبها بعيب جديد لدى المشتري، أو زيادتها عنده، جاز للمشتري الرجوع على البائع بقيمة العيب، ذلك أن الأصل هنا رد السلعة المعيبة، والبدل هو استرداد قيمة العيب، فإذا كان الأصل مقدورا عليه لم ينتقل عنه إلى البدل، فإذا أصبح الأصل متعذرا انتقل الحكم إلى بدله[٢].

***

(١) للهلاك والتعيب والزيادة هنا أحوال وأقسام، ولكل منها حكم خاص به، انظر كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف ٢٣٠-٢٣٤).

(٢) انظر شرح المجلة (١/ ١٢٧-١٣٠)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٠٩-١٠١٠).

الحادية عشرة: نظرية الضمان

هذه النظرية ذات شهرة واسعة لدى علماء القانون الوضعي، وهي واسعة الفروع والتطبيقات في الشريعة الإسلامية أيضا، وللضمان سببان رئيسان هما: العقود، والأخطاء.

فأما الضمان الناتج عن العقود، فيدخل لدى علماء القانون الوضعي تحت نظرية المسؤولية العقدية، وأما الضمان الناتج عن الخطأ فيدخل لديهم تحت نظرية المسؤولية التقصيرية.

والفقهاء يدرسون كلا من هذين القسمين من المسؤولية، ويتوسعون في تفريعاتها، وإن لم يسموا ذلك بالاسم نفسه.

وقد وضع الفقهاء كثيرا من الضوابط في هذا المضمار، منها:

*** (١) الخراج بالضمان (م ٨٥):**

هذه القاعدة نص حديث شريف صحيح مرفوع، أخرجه عن عائشة أم المؤمنين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد بن حنبل، وقد تلقاه العلماء جميعا بالقبول[١].

والخراج معناه: الغلة والمنافع المادية التي تحصل من الشيء كالثمر للشجر، والدر والنسل للحيوان، والسكنى للدار.

والضمان معناه الالتزام بالتعويض المادي عن الشيء إذا تلف أو تعيب، وذلك برد مثله أو قيمته، فإذا كان موجودا كان الضمان برده عينا.

والقاعدة هذه ربط فيها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بين ما يستفيده الإنسان من الشيء الذي تحت تصرفه، وبين مدى ما يتحمله من مسؤولية هلاكه عنده، فالغنم على قدر الغرم، والربح على قدر المسؤولية عن الخسارة.

(١) انظر شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ٢١-٢٢)، والنهاية لابن الأثير (٢/ ١٩)، وسنن النسائي (٧/ ٢٢٣).

- **ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها:**

١) إذا اشترى إنسان دابة للركوب والحمل وقبضها واستخدمها مدة، ثم وجد فيها عيبا قديما، ثبت له خيار العيب، وردها على البائع به إن شاء، دون أن يضمن أجرتها عن المدة التي بقيت فيها عنده، ذلك أنها كانت مضمونة عليه إذا هلكت، فتكون له منافعها بذلك.

٢) استأجر إنسان دابة للركوب إلى مكان معين بأجر معين، فركبها إلى مكان غيره دون إذن المؤجر، فإنه تسقط عنه أجرة الدابة بذلك، لدخولها في ضمانه بالتعدي والمجاوزة.

إلا أن تطبيقات هذه القاعدة لدى الفقهاء مضطربة، والاضطراب فيها يقع في نقاط ثلاث، هي:

١) في بيان حد الخراج المراد، أيشمل كل زيادة، سواء أكانت متولدة من الأصل، أم غير متولدة منه، أم هو محدود في نوع معين من ذلك فقط؟

فالحنفية والمالكية - فيما ظهر لي - على أن الزيادة المرادة هنا هي الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل فقط، كالأجرة للدابة المبيعة مثلا، فلو اشترى دابة، وولدت عنده، ثم رأى فيها عيبا، ردها وولدها، ولو أجرها أو استعملها مدة، ثم ردها، لم يرد الأجرة.

وذهب الشافعية والحنبلية إلى أن الزيادة مطلقا لمن عليه الضمان، سواء أكانت متولدة من الأصل، أم غير متولدة منه.

٢) في بيان معنى الضمان الذي يستحق به الخراج، أهو الضمان المبني على سبب مشروع فقط، أم هو الضمان مطلقا؟

المفهوم من كلام الحنفية أن الضمان مطلقا سبب لاستحقاق الخراج، فالغاصب يملك خراج المغصوب، كما أن المشتري يملك خراج المبيع، سواء أرده بخيار العيب بعد ذلك أم لا، إلا أن ملك المشتري ملك حلال فيطيب له، أما الغاصب فملكه للخراج حرام عند الطرفين فلا يطيب له.

إلا أن الحنفية ينصون في البيع الفاسد، إذا فسخ العقد، أن للبائع أن يسترد المبيع والزيادة، ولو غير متولدة من الأصل، وإن كانت لا تطيب له، وهذا ينافي ما في الغصب[١].

أما الشافعية والحنبلية فالمفهوم من كلامهم أن الضمان المستند إلى سبب مشروع وحده هو سبب ملك الخراج، فالغاصب عندهم لا يملك شيئا من خراج المغصوب[٢].

٣) أيكون الضمان وحده سببا لاستحقاق الخراج، أم لابد معه من ملك؟

بعض التطبيقات لدى الحنفية تدل على أن الضمان وحده يكفي لاستحقاق الخراج في حالات، كالغاصب يضمن ولا يملك، وهو مستحق لغلة المغصوب، وبعضها يدل على أن الضمان وحده لا يكفي لذلك، كمنافع المبيع قبل القبض تكون للمشتري مع أن ضمانها على البائع، وذلك لأنه ضامن من غير ملك[٣].

ولا يقال إن الملك يثبت للغاصب بالضمان أو الهلاك بأثر مستند إلى تاريخ الغصب، فيكون الخراج له بالملك، لأن الغاصب عند الحنفية يملك منافع المغصوب مطلقا، سواء أثبت له الملك بالضمان أو الهلاك، أم لم يثبت له ذلك بأن رد المغصوب عينا.

أما الجمهور فعلى أن الضمان وحده لا يصلح سببا لاستحقاق الخراج إذا لم يضم إليه الملك، أما الملك وحده فإنه يصلح لاستحقاق الخراج، وعلى ذلك قالوا: زيادة المبيع قبل القبض للمشتري للملك، وبعده له أيضا للملك والضمان، ولم يثبتوا للغاصب الغلة لعدم الملك[٤].

---

(١) الطحطاوي على الدر (٣/ ٨٢)، وابن عابدين (٥/ ١٠٠)، والدسوقي (٣/ ١٣٨)، وكتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف ١٨٩)، و(٢٣٣-٢٣٤).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٢٨٦).

(٣) ابن عابدين (٦/ ١٨٩).

(٤) انظر ابن نجيم (١/ ١٨٢-١٨٣)، والسيوطي (ص١٥٠-١٥١)، وشرح المجلة (١/ ٢٤٠-٢٤٢)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠١٩-١٠٢٠).

* (٢) الغرم بالغنم (م ٨٧):

هذه القاعدة تقابل القاعدة السابقة: «الخراج بالضمان»، ذلك أن المراد بالغرم هنا الضمان، وكل ما يلحق به من نفقات وكلفة، والغنم هو الخراج والمنافع جميعا.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها:**

١) إذا كان لإنسان دار موقوفة عليه، فإن ترميمها يكون واجبا عليه أيضا، بمقابل منافعها.

٢) لو كان لرجل ثلاثة إخوة، أحدهم شقيق، والثاني لأم، والثالث لأب، فإن نفقته على أخيه الشقيق وأخيه لأمه أسداسا، السدس على الأخ لأم، والباقي على الشقيق اعتبارا بالميراث، ولا شيء على الأخ لأب، لأنه لا إرث له هنا.

٣) نفقة رد العارية على المستعير، لانتفاعه بها، بخلاف الوديعة فإن نفقة ردها على المودع، لأن الوديع لا فائدة له منها.

٤) اشترك اثنان شركة أعمال، على أن العمل والربح بينهما أثلاثا كانت الشركة صحيحة، ويوزع الربح بينهما على حسب الشرط، ويكون الخسار عليهما كذلك اعتبارا بالربح والعمل [١].

* (٣) النعمة بقدر النقمة، والنقمة بقدر النعمة (م ٨٨):

هذه القاعدة في معنى القاعدتين السابقتين معا، إلا أنها فيما أرى تزيد عليهما شيئا وهو فرض التوازن في الكمية بين النعمة والنقمة، فتجعلهما متساويتين على قدر بعضهما، وهو ما لم تنص عليه القاعدتان السابقتان فقد نصتا على أصل الوجوب فقط، دون التعرض لضرورة التساوي فيه نصا.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات، منها:**

١) إذا كان لاثنين حيوان مشترك بينهما أثلاثا، أو دار مشتركة بينهما أثلاثا أو

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٤٥-٢٤٦)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٢٠-١٠٢١).

أرباعا أو غير ذلك، ثم احتاج الحيوان إلى النفقة والدار إلى الترميم، كانت كلفة ذلك على الشريكين معا كل على قدر حصته، ذلك أن لكل منهما من غلة الحيوان والدار على قدر حصته، فتكون الكلفة كذلك.

٢) إذا كان لرجل محتاج للنفقة أخوان قادران على الإنفاق عليه، أحدهما أخ شقيق له والثاني أخ لأب، وجبت النفقة على الأخ الشقيق خاصة، فإذا كان معهما أخ لأم كان سدس النفقة على الأخ لأم وخمسة الأسداس على الأخ الشقيق باعتبار الإرث، وكذلك لو كان له جد وابن ابن، فإن سدس النفقة على الجد والباقي على ابن الابن باعتبار الإرث.

إلا أن هذه القاعدة غير مطردة لدى الحنفية، ولها استثناءات كثيرة غير منضبطة، منها لو كان له ابن وبنت كانت النفقة عليهما مناصفة، مع أنهما غير متساويين في الإرث، وذهب الشافعية إلى أن النفقة عليهما أثلاثا، اعتبارا بالإرث في قول، وفي قول آخر بالسوية كالحنفية[1].

* (٤) الجواز الشرعي ينافي الضمان (م ٩١):

في هذه القاعدة بيان لأحد أسباب الضمان، وهو الاعتداء، أي: مجاوزة المباح، فإذا وجد الاعتداء وترتب الضرر وجب الضمان، وإذا لم يوجد الاعتداء لم يترتب الضمان.

والاعتداء لا يتحقق مع الجواز الشرعي، فحيثما وجد الجواز انتفى الاعتداء، فانتفى الضمان لانتفائه.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها:**

١) رجل حفر بئرا في داره، فسقط فيها إنسان أعمى فمات، لم يضمن حافر

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٤٧)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٢١)، وابن عابدين (٣/ ٦٢٣)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٥١).

البئر دية الميت، لأنه في حفره البئر غير معتد، بخلاف ما لو حفرها في طريق عام فسقط فيها إنسان فمات، فإنه يضمنه، لأنه في الحفر معتد.

٢) جلد القاضي الزاني غير المحصن مائة جلدة فمات، لم يضمنه لأنه غير معتد في الجلد، بخلاف ما لو ضرب المعلم التلميذ تأديبا فمات، فإنه يضمنه لأن التأديب مأذون فيه بشرط السلامة، فكان في مجاوزتها معتديا، فكان ضامنا.

٣) صبغ إنسان ثوبه عند صباغ، وعندما طلبه منه امتنع عن تسليمه إياه إلا أن يأخذ أجرته، ثم تلف الثوب عند الصباغ بدون تقصير منه، فإنه لا يضمنه، لأنه في امتناعه عن التسليم محق، فإذا دفع له أجرته فامتنع عن تسليمه إياه فهلك ضمنه للاعتداء.

إلا أن هنالك صورا عدة تبدو مستثناة من هذه القاعدة، منها ما إذا أكل المضطر طعام غيره، فإنه يضمنه له، مع أنه مباح له في حال الضرورة هذه.

ولعل الجواب أن الجواز المشروط في القاعدة إنما هو الجواز المطلق، وليس الجواز الضروري، فإذا كان كذلك كانت القاعدة مطردة، وليس لها استثناء.

وهنا أود الإشارة إلى أن ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري من جواز فرض تعويض على الزوج الذي طلق زوجته متعسفا ولحقها بهذا الطلاق فقر وفاقة، مخالف لهذه القاعدة، لأن الطلاق جائز[1]، فلا يجوز أن يترتب عليه ضمان.

* (٥) الأجر والضمان لا يجتمعان (م ٨٦):

هذه القاعدة أكثر ما تجري في الغصب، فإن المغصوب مضمون على الغاصب، فلا تجب عليه أجرة المغصوب لذلك، سواء هلك فضمنه، أم لم يهلك، لأن المقصود بالضمان هنا تحمل مسؤولية الضمان، حصل الضمان فعلا أو لم يحصل على سواء.

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٥١-٢٥٥)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠١٧-١٠١٩)، وانظر المادة (١١٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري وتعديلاتها.

وعلى هذا لو استأجر إنسان دابة ليحمل عليها شيئا معينا، أو ليسافر عليها إلى بلد معين، ثم خالف المشروط، فإنه يعد معتديا بذلك، ويسقط عنه أجر الدابة، لأنه بالاعتداء دخلت الدابة في ضمانه، فانتفى عنه الأجر لذلك.

والعلامة الأتاسي - رحمه الله تعالى - قدم لهذه القاعدة في شرحه للمجلة بقوله: «لأن الضمان يقتضي التملك، والمالك لا أجر عليه، والأجر يقتضي عدمه، وبينهما منافاة».

إلا أنني أقول هنا إذا تحقق الضمان فعلا فإنه يقتضي الملك، فيسقط الأجر لذلك، لكنه إذا لم يتحقق فعلا بأن لم يهلك المغصوب، فإنه لا يقتضي الملك، بدليل وجوب رد عينه للمغصوب منه، والدعوى أن الأجر يسقط في الحالين، فلابد من تحريره[١].

* (٦) المباشر ضامن، وإن لم يتعمد (م ٩٢):

المباشر هنا المراد منه مباشر الفعل الضار الذي ينشأ عنه الضمان، والمباشرة معناها القيام بالفعل بنفسه دون واسطة[٢].

والقاعدة هذه تقرر أن المباشر للفعل الضار الذي ينتج عنه ضمان يعد ضامنا لما نتج عن فعله من الأضرار، سواء تعمد الضرر أم لم يتعمده، تعمد الفعل أم لم يتعمده.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات عدة، منها:**

١) أن يصوب سهمه إلى صيد، فيصيب به إنسانا فيموت، فإنه يضمن دية الإنسان، وإن لم يقصد الاعتداء عليه.

٢) أن ينقلب وهو نائم على إنسان فيقتله، فإنه يضمن ديته أيضا، وإن لم يقصد الفعل أصلا.

٣) صبي غير مميز أتلف مال إنسان، ضمن الصبي في ماله ما أتلفه، رغم

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٤٣-٢٤٥)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٢١-١٠٢٣).
(٢) انظر المصباح المنير ومختار الصحاح، مادة «بشر».

عدم الاعتداء منه لصغره، وذلك لأن المباشرة لا تعتمد التعمد.

هذا في حق الضمان لا غير، أما الإثم فهو منوط بالتعمد حقيقة، إن وجد وجد الإثم، وإلا فلا[١].

* (٧) المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد (م ٩٣):

المراد بالمتسبب هنا المتسبب في التعدي الموجب للضمان، والسبب في اللغة: الحبل، ثم استعير إلى ما يتوصل به إلى الشيء[٢].

وهو في اصطلاح علماء أصول الفقه: ما توقف عليه الشيء وجودا وعدما، وكان خارجا عن ماهيته، أو هو: الوصف الظاهر المنضبط الذي جعل مناطا لوجود الحكم.[٣].

والمتلف المتعدي إما أن يكون مباشرا لفعل التعدي، وقد تقدم حكمه ومعناه في القاعدة السابقة، وإما أن يكون فاعلا لفعل هو سبب للإتلاف، أي يقع به الإتلاف حتما، وهنا ينظر إلى الفعل الذي تسبب في الإتلاف، أهو فعل مباح للفاعل، أم غير مباح له؟

فإن كان غير مباح له وجب الضمان عليه مطلقا، تعمد الإضرار أم لم يتعمده، لأن قيام الاعتداء يقوم مقام قصد الإضرار، فيعتبر متعمدا الإضرار حكما فيضمن، مثل من حفر بئرا في الطريق العام دون إذن ولي الأمر، فسقط فيها رجل فمات، فإنه يضمنه مطلقا.

وإن كان الفعل مباحا له، نظر: إن تعمد الإضرار بالآخرين ضمن، وإلا فلا، وبذلك تكون القاعدة مقيدة بحالة عدم التعدي، وليست على إطلاقها، وهي مما أطلق وأريد به المقيد.

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٥٥-٢٥٦)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٣٠).

(٢) انظر المصباح المنير، مادة «سبب».

(٣) انظر شرح العلامة العضد على ابن الحاجب (٢/ ٧)، وكتابنا بحوث في علم أصول الفقه (ف ١٩٢).

- **ولهذه القاعدة تطبيقات عدة، منها:**

١) رجل أوقد نارا في حصائده، فأصابت النار حصائد جيرانه وأحرقتها، فإن كان تعمد إتلاف حصائد جيرانه ضمنها، وإلا فلا، لأن إيقاد النار في حصائده مباح.

٢) رجل له جدار مائل على الشارع، تهدم هذا الجدار المائل، وقتل إنسانا مارا في الشارع، فإن أشهد عليه بذلك ضمن، لقيام ذلك مقام قصد الإضرار حكما، وإن لم يشهد عليه لم يضمن، لعدم التعدي.

إلا أنني أرى أن مناط الضمان في حالتي التسبب والمباشرة هو التعدي فقط دون التعمد وعدمه، إلا أن التعدي في حالة المباشرة موجود في كل صورها، فأنيط الحكم بها مباشرة.

أما حالة التسبب، فإن التعدي قد يكون فيها وقد لا يكون، ولهذا فرق الفقهاء بين متسبب متعد في السبب، ومتسبب غير متعد فيه، فألزموا بالضمان المتسبب المتعدي مطلقا، تعمد الإضرار أم لا، أما المتسبب غير المتعدي، فلم يلزموه بالضمان إلا إذا تعمد الإضرار فعلا، لأنه ما لم يتعمد الإضرار غير متعد، فلا يضمن، فإذا تعمد الإضرار بفعله المباح له أصلا، اعتبر متعديا بذلك، لتعسفه في استعمال حقه، فلزمه الضمان لتعديه.

ولهذا فإن الأفضل في هذه القاعدة أن يقال فيها: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي» بدلا من التعمد، لئلا يتوهم أحد أن التعمد موجب للضمان لغير التعدي [١].

* (٨) إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر (م ٩٠):

تقدم في شرح القاعدتين السابقين معنى المباشرة والتسبب في الإتلاف، وهذه

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٥٦-٢٥٨)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٣٠-١٠٣٢).

القاعدة تشير إلى أنه إذا اجتمع في إتلاف واحد مباشر ومتسبب، تعلق الحكم وهو الضمان بالمباشر دون المتسبب، ذلك أن المباشر متعد مطلقا، أما المتسبب فقد يكون متعديا وقد لا يكون، ولهذا قدم المباشر عليه في حق الضمان، ثم إن المباشر ألصق بالاعتداء من المتسبب لعدم الواسطة، فكان أولى بالضمان منه.

- **ولهذه القاعدة أمثلة كثيرة، منها:**

١) إذا حفر إنسان بئرا في شارع عام بغير إذن الإمام، ثم ألقي فيها إنسان آخر فمات، كان الضمان على الملقي دون الحافر، لأن الملقي مباشر، والحافر متسبب، وذلك على خلاف ما لو سقط فيها الإنسان دون أن يلقيه أحد، فإن الضمان يكون على الحافر، لتفرده بالمسؤولية.

٢) رجل دل لصا على مال غيره فسرقه، يكون الضمان على اللص، لأنه مباشر، ولا ضمان على الدال، لأنه متسبب.

ولو دل الوديع لصا على محل الوديعة فسرقها، فإن الضمان على اللص والوديع معا، لأنهما مباشران، اللص مباشر للإتلاف بالسرقة فيضمن، والوديع مباشر للتقصير في الحفظ بذلك فيضمن[١].

* (٩) يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا (م ٦٩):

من أصول الشريعة الإسلامية أن لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ومن قواعدها العامة ما تقدم في القاعدة السابقة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر».

وهذه القاعدة تقرر ذينك الأصلين السابقين معا.

ومعناها أنه لو أمر إنسان إنسانا آخر بالقيام بالاعتداء على ثالث، فضمان آثار الاعتداء يكون على الفاعل لا الآمر، ذلك أن الفاعل مباشر للاعتداء،

(١) انظر ابن نجيم (١/ ١٩٦-١٩٧)، والسيوطي (ص١٧٩)، وشرح المجلة (١/ ٢٤٩-٢٥١)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٣٢-١٠٣٣).

والآمر متسبب فيه، أو هو دون المتسبب في بعض الأحوال، ولهذا يكون الضمان على المباشر دونه.

اللهم إلا أن يكون الآمر مكرها[١] للفاعل على الفعل إكراها حقيقيا فعندها يضمن الآمر دون الفاعل، لأن الفاعل يكون كالآلة في يد الآمر، فيكون الآمر بذلك مباشرا للاعتداء فيضمن.

هذا ويلحق بالإكراه الحقيقي الإكراه الحكمي والتغرير، وذلك كأن يأمر بالغ عاقل صغيرا قاصرا أو مجنونا بالاعتداء على مال ثالث، فإن الضمان يكون على الآمر، لأن الصغير بمثابة الآلة في يد البالغ، فيكون كالمكره.

وكذلك إذا كان الآمر سلطانا، فإن الضمان يكون عليه، لأن أمره إكراه حكما لسلطانه.

وكذلك إذا قال بالغ لآخر: افتح لي في هذا الجدار نافذة، ففتحها ظانا أن الجدار له، فإذا به لغيره، فإن الضمان على الآمر، بخلاف ما لو قال له: احفر، دون أن يقول: لي، فإن الضمان على الفاعل.

فإذا كان الآمر ساكنا في الدار كان غارا مطلقا، والضمان عليه، إلا أن يعلم الفاعل أن الجدار ليس للآمر.

ولهذا فقد اقترح أستاذنا الجليل مصطفي الزرقاء ضبط هذه القاعدة بضابط آخر يجعلها أكثر شمولا لمدلولاتها، فتصبح: «يضاف الفعل ما لم يكن مجبرا أو مغررا».

وإنني هنا أقترح إضافة ضابط آخر إليها، يجعلها أكثر وضوحا، فتصبح: «يضاف الفعل ما لم يكن مغررا، أو مجبرا حقيقة أو حكما» وذلك ليدخل فيها حالة أمر السلطان أحد المواطنين، أو الكبير الصغير والمجنون.

---

(١) هذا وللإكراه ضوابط وأنواع وأحوال، ولكل منها حكم خاص بها في الضمان وعدمه، انظر المجلة المواد (٩٤٨-٩٤٩)، و(١٠٠٣-١٠٠٧).

هذا وفي كل الحالات التي يجب فيها الضمان على الآمر، يكون الخصم هو المباشر، وبعد أن يقضى عليه بالضمان يرجع على الآمر، لأن الفاعل في هذه الحالات أهل لتحمل الضمان بالغا كان أو قاصرا على سواء، ذلك أن القاصر يضمن المتلفات المادية، فيكون هنا خصما فيها[١].

*** (١٠) جناية العجماء جُبَار (م ٩٤):**

هذه القاعدة مضمون حديث شريف صحيح مرفوع للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نصه في البخاري: «العجماء جبار»، وفي الموطأ: «جرح العجماء جبار»، وقد ورد في هذا الحديث الشريف عدة روايات صحيحة، منها:

١) «الرِّجل جبار»، رواه أبو داود في باب الديات.

٢) «السائمة جبار، والجب جبار، والمعدن جبار»، رواه أحمد في مسنده.

٣) «العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار»، رواه البخاري في أبواب: الزكاة والديات والمساقاة، كما رواه مسلم والنسائي وابن ماجه، ورواه مالك في الموطأ في باب جامع العقول، ورواه الدارمي وأحمد في مسنده.

٤) «النار جبار»، رواه ابن ماجه وأبو داود[٢].

والجناية في اللغة: الذنب المؤاخذ به مطلقا، وفي عرف الفقهاء: محظور شرعي زجر الشارع عنه بحد أو تعزيز [٣].

أما العجماء في اللغة: فهي من العجمة، وهي اللكنة في اللسان وعدم الفصاحة، ثم وصفت بها البهائم، لأنها لا تستطيع الإفصاح، والمراد بها هنا كل البهائم والحيوانات، وذلك بحذف الموصوف، والتقدير: جناية البهيمة العجماء جبار.

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٤٧-٢٤٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٢٨-١٠٣٠).

(٢) انظر البخاري (٩/ ١٥)، والموطأ (ص٥٤١)، والنهاية لابن الأثير (١/ ٢٣٦)، ونيل الأوطار (٥/ ٣٦٤)، والمعجم المفهرس لألفاظ السنة (١/ ٣١٧).

(٣) انظر بحثنا: دعوى الحسبة في المسائل الجنائية في الشريعة الإسلامية (ص٢٩).

أما الجبار فهو في اللغة: من جبر العظم يجبُره - من باب قتل - إذا أصلحه، والجَبْر يطلق على خلاف القدر، فيقال: جبري، أي: لا يؤمن بالقدر، كما يفيد الجبار معنى الهدر ونفي المسؤولية، وهو المعنى المراد هنا[١].

فيكون معنى القاعدة على ذلك: اعتداء الحيوانات هدر لا ضمان فيه، سواء أكان اعتداؤها على مالكها أو غيره، لأنها لا ذمة لها، هذا إذا كانت اليهيمة قد أتلفت ما أتلفته بنفسها، كأن انطلقت الفرس من عقالها، وأكلت زرعا لغير صاحبها، أو نفحت الفرس برجلها طفلا فقتلته، وهي مربوطة في ملك صاحبها.

فإذا أتلفت شيئا لغير صاحبها بتعد من صاحبها أو بتقصير منه، ضمن صاحبها ما أتلفته لتعديه وتقصيره، ذلك أن الحيوان غير مسؤول لعدم الذمة، فلما لم يشاركه أحد في الفعل الضار كان هدرا، ولما وجد المشارك المسؤول تحمل هذا المشارك المسؤولية كاملة.

- **ولذلك صور عدة، منها:**

١) ربط رجل دابته في دار غيره بدون إذن منه، فنفحت برجلها طفلا فقتلته، ضمن صاحب الدابة الطفل لتعديه في ربطها، فإذا ربطها بإذن صاحب الدار لم يضمن الطفلَ لعدم التعدي.

٢) رأى رجل دابته تأكل زرع غيره، فلم يمنعها من ذلك، ضمن قيمة الزرع المأكول للتقصير في الحفظ والمنع.

٣) رجل له كلب عقور، طلب منه الجيران ربطه فلم يمتثل، فعض طفلا وقتله، ضمن صاحب الكلب الطفل لتقصيره في منع كلبه، فإذا لم ينبهوه لذلك لم يضمن، لاحتمال جهله بضراوة كلبه، فلا يكون مقصرا مع هذا الاحتمال، فلا يضمن.

هذا وكل الجمادات حكمها حكم الحيوانات في عدم الضمان لعدم الذمة،

---

(١) انظر المصباح المنير ومختار الصحاح، المواد: «جني»، و«عجم»، و«جبر».

فإذا كان له جدار مائل إلى الشارع فطلب إليه المارة هدمه فلم يمتثل، فتهدم وقتل إنسانا أو حيوانا، ضمنه صاحب الجدار للتقصير، فإذا لم ينبهه أحد لذلك لم يضمن لعدم ثبوت التقصير.

هذا ولجناية الحيوان صور عدة تختلف أحكامها من حيث الضمان على مالكها وعدمه بحسب ما تقدم، قد فصلتها مجلة الأحكام العدلية في المواد (٩٢٩-٩٤٠) ويجمعها جميعا القاعدة السابقة القاضية بعدم مسؤولية البهائم والجمادات عن أي اعتداء يحصل منها، أما مالكها فيعد غير مسؤول أيضا عما تحدثه من أضرار، إلا إذا تعدى أو قصر في منعها، فإذا تعدى أو قصر عد مسؤولا مسؤولية كاملة عن جميع الأضرار الناتجة عن فعلها لتعديه وتقصيره[1].

***

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٥٨-٢٦٠)، والمدخل (٢/ ١٠٣٢-١٠٣٤).

الثانية عشرة: نظرية وسائل الإثبات

المراد بالإثبات هنا إثبات الدعاوى، ولإثبات الدعاوى هنا في الفقه الإسلامي طرق ووسائل كثيرة، اتفق الفقهاء في بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر.

فمما اتفقوا فيه: شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في الأمور المالية، وشهادة رجلين فقط في الأمور الجنائية غير الزنا، واليمين من المدعى عليه، والنكول عن اليمين ممن توجبت عليه.

ومما اختلفوا فيه: شهادة رجل ويمين المدعي، وشهادة النساء منفردات، والقرائن على اختلاف أنواعها.

وقد ضبطوا ذلك ببعض القواعد الكلية، وهذه بعض منها:

*** (١) الثابت بالبرهان كالثابت بالعِيان (م ٧٥):**

البرهان في اللغة: الحجة مطلقا، وفي اصطلاح الفقهاء: البينة الشرعية، وهي شاهدان من الرجال، أو رجل وامرأتان، هذا في الأموال، أما الحدود فلا يقبل فيها النساء مهما كثر عددهن، للشبهة، كما قد يكتفى بشهادة النساء وحدهن، بل بشهادة المرأة الواحدة في بعض الدعاوى الضرورية، كاستهلال الصبي.

هذا وبعض الدعاوى لا يقبل فيها أقل من أربعة رجال، كحد الزنا.

والعيان - بكسر العين - في اللغة: الرؤيا بالعين، وهو المراد هنا لدى الفقهاء[١].

ومعنى القاعدة هذه أن ما يثبت بالبينة الشرعية من الحقوق يعتبر مثل الثابت بالمشاهدة بالعين في الحكم، أي: مقطوعا بوجوده وثبوته بيقين، فمن أقام بينة على أن فلانا آذاه حكم القاضي له، وألزم الغريم، وكأنه رآه بعينه يؤذيه.

---

(١) انظر المصباح المنير ومختار الصحاح، مادتي: «بره»، و«عين».

هذا والقياس أن البينة دليل ظني وليس بقاطع، لأنها خبر آحاد، وهو يحتمل الصدق والكذب، ولا يثبت به العلم اليقيني، إلا أنها اعتبرت في ثبوت حقوق الناس بها كالدليل القاطع للضرورة، لصعوبة العثور على الدليل القاطع فيها، وللآيات الكريمة التي أجازت القضاء، بل أوجبته، بالبينة الشرعية، من مثل قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [1]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [2].

وللبينة الشرعية أنواع وشروط وأحكام تعرف في بابها من كتب الفقه.

ومما ينتج عن اعتبار البينة كالعيان الأحكام الآتية:

١) اعتبار البينة حجة متعدية، ملزمة لكل من له علاقة بالحق المقضي به بموجبها، ولو لم يكن مدعى عليه، لأنها في حكم الدليل القاطع، بخلاف الإقرار، فإنه حجة قاصرة على المقر.

٢) لا يقبل من المدعى عليه إنكار، أو دعوى تتضمن إنكار الحق الثابت عليه بالبينة الأولى، أي إن البينة لا تقبل النقض، لأنها حجة قاطعة حكما، على خلاف اليمين، فإنه يقبل الدعوى المناقضة له، ولو بعد الحكم به.

❊ (٢) البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة[3] (م ٧٨):

تقدم معنى البينة، أما الإقرار في الشرع فهو: إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه، فيقر لفلان بدين عليه، ولفلان بأنه ابنه، أو أخوه.

فإذا أثبت بقوله حقا لنفسه على غيره، كأن يقول: لي على فلان دين فهو مدع، وليس مقرا.

---

(١) الآية (٢٨٢) من سورة البقرة.

(٢) الآية (٤) من سورة النور.

(٣) يستثنى من جعل الإقرار حجة قاصرة مسائل ست يجعل فيها متعديا. انظر الدر المختار (٥/ ٦٢٠).

وهذه القاعدة تنص على أن الإقرار يصلح دليلا لإثبات الحق فيما يخص المقر لا غير، فمن أقر لآخر بحق مشترك له عليه وعلى شريكه، وأنكر الشريك، ثبت الحق عليه فقط، ولم يثبت على شريكه، ومن أقر لآخر بأنه أخوه، وأنكر الأب ذلك، لم يثبت النسب من الأب إلا في حق المقر فقط، فإذا مات الأب شارك المقر له المقر فقط في حصته من الإرث، ولم يشارك الورثة الآخرين.

أما البينة فهي دليل مقبول في حق كل من له علاقة بالحق المقضي به على المدعى عليه، فمن غصب سلعة، ثم باعها لآخر، فأقام المغصوب منه الدعوى على المشتري، وأثبت حقه في السلعة بالبينة، وأخذها منه، أمكن للمشتري الرجوع بثمن السلعة على الغاصب البائع، لأن الحكم على المشتري بموجب البينة حكم على الغاصب أيضا ضمنا، بخلاف ما لو أخذها مالكها بإقرار المشتري دون بينه، فإنه لا يرجع على الغاصب بالثمن، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، لشبهة التواطؤ[1].

إلا أن الحنفية وأبو حنيفة خاصة، استثنوا ست مسائل من هذه القاعدة جعلوا الإقرار فيها متعديا، وهي:

١) لو أقرت الزوجة بدين لغير زوجها، كان للمقر له حبسها، إذا امتنعت عن وفاء ما أقرت به، وإن كان في حبسها منع حق زوجها، وهو ضرر به.

٢) إذا أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين المؤجرة، فإن للمقر له بيع العين لاستيفاء دينه، وإن تضرر المستأجر من ذلك.

٣) إذا أقرت مجهولة النسب بأنها ابنة أبي زوجها، وصدقها الأب، صح النسب، وانفسخ نكاحها، لأن زوجها أضحى أخاها.

٤) إذا أقرت بأنها رقيقة إقرارا مستوفيا شروطه، فطلقها زوجها طلقتين بعد هذا الإقرار، لم يملك الرجعة عليها، لثبوت رقها وبينونتها به بعد الطلقة الثانية على خلاف الحرة.

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٢٢-٢٢٦)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٤٢-١٠٤٣).

٥) أقر بنسب ولد أمته المبيعة، ثبت نسبه منه بذلك، وحجب به إخوته إن كان له إخوة.

٦) مكاتب أقر بنسب ولد امرأة حرة، ثبت نسبه منه بذلك، وحجب به إخوته إن كان له إخوة.

أشار إلى هذه المستثنيات الست صاحب الدر المختار نقلا عن الأشباه والنظائر لابن نجيم، وأضاف إليها مسألة سابعة، هي: أن يقر الأجير لغيره بدين، فإن للدائن المقر له حبس المقر بالدين، وإن كان في ذلك ضرر بالمستأجر[1].

*** (٣) البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل (م ٧٧):**

الظاهر المقصود هنا هو الحال التي تبدو للعيان لأول وهلة، فمن ادعى على آخر عينا في يده، كان الظاهر شاهدا على أن العين لمن هي في يده، لأنه الحال المشاهد وقت الدعوى.

والأصل هنا هو الشيء الثابت المستقر، ويقابله خلاف الأصل، وهو الشيء الطارئ العارض، فالعقل في الإنسان أصل والجنون خلاف الأصل، والصغر أصل والكبر خلاف الأصل، والسلامة من العيب أصل والعيب خلاف الأصل، والظاهر أصل وخلاف الظاهر خلاف الأصل.

ومعنى القاعدة هذه يدل على أن من تمسك بالأصل من المتقاضين كفاه ذلك لإثبات حقه بيمينه، أما الطرف الآخر المتمسك بخلاف الأصل، أو بخلاف الظاهر، فلا يكفيه يمينه، ولكن لابد له من البينة، ذلك أن المتمسك بالأصل، الأصل يشهد له، إلا أنه شاهد ضعيف، فإذا قواه بيمينه كان قويا، وحكم له به.

أما المتمسك بخلاف الأصل، فإن جانبه ضعيف لشهادة الأصل ضده، ولهذا لم تكفه يمينه، ولكن لابد له من البينة، لأنها قاطعة حكما، كما جاء في القاعدة السابقة: «الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان».

(١) ابن عابدين (٥/ ٦٢٠).

- **ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها:**

١) ادعى رجل على آخر أنه غصبه سلعته، وهي في يد الغاصب، وأنكر المدعى عليه ذلك، فاليمين على الغاصب لشهادة الظاهر له بالملك، وهو وضع اليد، والبينة على مدعي الغصب، لأنه يدعي خلاف الأصل.

٢) باع رجل من آخر سلعة، فادعى المشتري أنها معيبة بعيب قديم وطلب فسخ البيع به، وأنكر البائع ذلك، كانت البينة في إثبات العيب على المشتري، لأنه يدعي خلاف الأصل، إذا الأصل السلامة من العيب، واليمين في إنكار العيب على البائع، لأنه يتمسك بالأصل.

٣) وكل رجل آخر بشراء سلعة له، وقيده بثمن معين، فاشتراها الوكيل بأكثر من الثمن المعين، وادعى أن الموكل لم يقيده بثمن محدد، فالبينة في الإطلاق على الوكيل، واليمين في التعيين على الموكل، لأن الأصل في الوكالة التقييد.

٤) اشترى إنسان من آخر سلعة، ثم ادعى البائع أن المشتري كان مجنونا وقت الشراء، وطلب الحكم ببطلان البيع لذلك، وأنكر المشتري جنونه، كان إثبات الجنون على عاتق البائع بالبينة، لأنه يدعي خلاف الأصل، وتكون اليمين في إنكار الجنون على المشتري، لأنه يتمسك بالأصل، هذا إذا كان المشتري عاقلا وقت الدعوى.

فإذا تقدم كل من الخصمين بدليله المتوجب عليه، هذا بيمينه وهذا ببينته قدمت البينة وحكم بها، ولم يلتفت لليمين، ذلك أن البينة حجة قاطعة حكما، أما اليمين فحجة ضعيفة لاحتمال الكذب فيها، ولشبهة المصلحة، لأنه يشهد فيها لنفسه، بخلاف البينة فهي شهادة غيره له، ولا شبهة فيها فإذا ما تمكنت الشبهة من البينة بطلت أيضا، ولهذا لم تقبل شهادة الفروع والأصول بعضهم لبعض[1].

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢١٨-٢٢٢)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٤٢-١٠٤٣).

*** (٤) البينة على المدعي، واليمين على من أنكر (م ٧٦):**

هذه القاعدة مضمون حديث نبوي شريف صحيح، نصه في البخاري: «**فالبينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه**»(١)، رواه البخاري والترمذي وابن ماجه، وفي معناه روايات عدة كثيرة صحيحة(٢).

هذه القاعدة تبين أن المدعي بالحق لا تقبل دعواه، ولا يحكم له بالحق المدعى به إلا إذا أثبتها بالبينة، أما المنكر للحق، وهو المدعى عليه، فبإمكانه رد دعوى المدعي بيمينه إذا لم يثبتها المدعي بالبينة.

وعلى ذلك فلا يقبل الإثبات من المدعي باليمين، ولا بشاهد ويمين لدى الحنفية لهذه القاعدة التي جاء بها الحديث الشريف، وأجاز المالكية وغيرهم للمدعي أن يثبت دعواه بشاهد ويمين، لأدلة أخرى مبسوطة في مصنفاتهم.

وكذلك المدعى عليه المنكر، فلا يقبل منه الإثبات بالبينة لدى الحنفية، لأن البينة لا تقبل على النفي، ولكن باليمين فقط إذا طلبها المدعي.

هذا والفقهاء كثيرا ما يختلفون في الدعاوى في تعيين المدعي والمدعى عليه، لالتباس كل منهما بالآخر، وقد وضعوا لذلك بعض الضوابط التي اتفقوا في بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر، منها:

١) المدعي من إذا تَرَك تُرِك، والمدعى عليه بخلافه.

٢) المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج، والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد.

٣) المدعي من يلتمس غير الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر(٣).

*** (٥) المرء مؤاخذ بإقراره (م ٧٩):**

الإقرار كما تقدم إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه، فالإقرار كما هو في

---

(١) البخاري (٣/ ١٨٧).

(٢) انظر المعجم المفهرس لألفاظ السنة (١/ ٢٥٨)، وكشف الخفاء (ص٢٨٩).

(٣) انظر شرح المجلة (١/ ٢١٤-٢١٧)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٤٣).

تعريفه إخبار، وهو يحتمل الصدق والكذب في الأصل، إلا أنه ما دام صادرا من صاحبه على نفسه بما يحمله التزامات ما كانت لتثبت عليه دونه فإن ذلك يضعف شبهة الكذب فيه ويقوي جانب الصدق، فيعد حجة معتدا بها، ويكون معنى القاعدة: الإقرار حجة على المقر.

إلا أنه كما تقدم في القاعدة السابقة حجة قاصرة على نفس المقر لا تتعداه إلى غيره، ذلك أن الشبهة فيه تضعف في حق نفس المقر فقط، أما في حق غيره فهي على حالها قوية، فلا يعتد به في حقه معها.

ثم إن الأدلة النصية الكثيرة تدل على الاحتجاج بالإقرار في حدود ما يتصل بالمقر، من ذلك:

١) قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾[١]، ولولا أن الإقرار حجة على المقر لما أمره الله به.

٢) قوله تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴿١٤﴾﴾[٢]، أي: متحمل ما التزم به.

فالقاعدة هذه تؤكد حجية الإقرار على المقر، فإذا ما أقر إنسان بدين لآخر على نفسه، لزمه الدين بإقراره، ولم يحتج المقر له في إثبات دينه لغير هذا الإقرار، وكذلك إذا أقر إنسان لصغير مجهول النسب بأنه ابنه، فإن نسبه يثبت منه بهذا الإقرار وحده دون حاجة إلى أي حجة أخرى.

فإذا أراد المقر الرجوع عن إقراره صراحة أو دلالة، لم يمكن من ذلك، لقاعدة سابقة هي: «من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه»[٣].

هذا وللإقرار شروط وأحوال لابد من توافرها لصحته، وإلا وقع باطلا، منها: أن يكون المقر كامل الأهلية، وأن يكون غير محجور عليه، ومحل ذلك كتب الفروع[٤].

---

(١) الآية (٢٨٢) من سورة البقرة.

(٢) الآية (١٤) من سورة القيامة.

(٣) انظر (ص٢٨).

(٤) انظر شرح المجلة (١/ ٢٦٦-٢٢٨)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٤٠-١٠٤١).

* (٦) يقبل قول المترجم مطلقا (م ٧١):

المترجم هو الإنسان الذي يفسر الكلام من لسان بلسان، ومعنى قبول قوله مطلقا في هذه القاعدة هو الاحتجاج بما يترجمه من أقوال المتخاصمين والشهود وغيرهم ممن لهم علاقة بالدعوى أمام القاضي بلغته، إذا كان القاضي لا يفهم لغة هؤلاء، وكذلك في غير الدعوى.

- **إلا أن للمترجم شروطا لابد من توافرها، وإلا لم يحتج بقوله، وهي:**

١) أن يكون عالما باللغة التي يترجم منها، واللغة التي يترجم إليها.

٢) أن يكون بالغا عاقلا وذلك في كل ما فيه تقرير التزام على أحد، مثل الإقرار بدين أو حق.

فإذا لم يكن فيما يترجم تقرير التزام على أحد، اكتفي بالمترجم الصغير المميز، كما قبل فيه قول المترجم غير العدل من فاسق أو كافر، مثل الوكالة والمضاربة.

٣) ألا يقل عدد المترجمين عن نصاب الشهادة، فلا ينزل عن اثنين من الرجال أو رجل وامرأتين، لما فيه من معنى الشهادة للمترجم له، وهذا قول محمد بن الحسن من الحنفية، وذهب الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا حاجة فيه إلى نصاب الشهادة، وأنه يكفي فيه قول الواحد.

وذكر أستاذنا الزرقاء في مدخله وجوب كون المترجم ذكرا في دعاوى الحدود، لعدم صحة شهادة المرأة فيها[١].

* (٧) دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه (م ٦٨):

المراد بالدليل هنا الأمارة الدالة على الشيء يقينا أو ظنا، والمراد بالأمور الباطنة العلل الخفية التي تناط بها الأحكام، ومعنى «يقوم مقامه»، أي: يعد وجوده كوجوده في استحقاقه الحكم الشرعي المنوط به.

---

(١) انظر شرح المجلة (١/ ١٩٨-٢٠٠)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٣٧-١٠٣٨).

فإن أحكام الشارع الإسلامي بعضها معلل، وبعضها تعبدي، فالمعلل منها مربوط بعلته وجودا وعدما إن وجدت علته ثبت، وإن فقدت انتفي الحكم، كالإسكار علة لتحريم المشروبات، إن وجد الإسكار فيها حرمت، وإلا فلا، والرضا علة لجواز التصرفات القولية، والمشقة في السفر علة لقصر الصلاة والفطر في رمضان، فإن تحققت هذه العلل ثبت الحكم، وإلا فلا.

إلا أن بعض تلك العلل ظاهر منضبط يمكن العلم بوجوده والتحقق من قيامه كما في الإسكار، وبعضها غير ظاهر، أو ظاهر غير منضبط، كالرضا بالنسبة للتصرفات القولية فإنه خفي، والمشقة في السفر فإنها غير منضبطة، لاختلاف الناس فيها من كبير إلى صغير، ومن طريق وعر إلى طريق سالك، ومن سفر في القيظ أو البرد، وفي الليل أو النهار.

ولهذا فإن الشارع ألغى العلل الخفية، والعلل غير المنضبطة، لعدم التمكن من إثباتها، وأناط الحكم بما هو مظنة لها، ودليل عليها، فأناط صحة التصرفات القولية بالإيجاب والقبول أو التعاطي لدلالتهما على الرضا، هذا ما لم يتيقن انتفاء الرضا، فإذا تيقن من انتفائه بطل التصرف، كما أناط قصر الصلاة بالسفر مدة معينة هي ثلاث مراحل لدلالته على المشقة.

وهكذا أقيم الدليل على العلة مقام العلة نفسها عندما كانت خفية، أو غير منضبطة.

- **ولهذه القاعدة أمثلة كثيرة، منها:**

١) استعمال القاتل آلة حادة قاتلة دليل على تعمده القتل، فيقتص منه بذلك، وذلك لخفاء التعمد الذي هو علة وجوب القصاص.

٢) استعمال المشتري السلعة المعيبة بعد علمه بالعيب دليل على رضاه بالعيب، فيسقط خياره به لذلك، لأن الرضا بالعيب أمر خفي، فأقيم ما يدل عليه مقامه.

٣) ترك الادعاء بالحق مدة خمسة عشر عاما بدون عذر، يكون دليلا على

انتفاء حقه في الدعوى، فلا تقبل منه الدعوى به بعد ذلك، لأن الحق من الأمور والعلل الخفية، هذا إذا أنكر المدعى عليه الحق، فإذا أقر به قبلت الدعوى، لانتفاء دلالة ترك الدعوى مدة التقادم على انتفاء الحق.

٤) إذا ساوم الشفيع مشتري الدار محل الشفعة على شرائها منه سقطت شفعته فيها، لأن الرضا بترك الشفعة أمر خفي، فأقيم ما يدل عليه مقامه.

وهذا كله في العلل الخفية أو غير المنضبطة للأحكام، فإذا كانت العلة ظاهرة منضبطة لم يثبت الحكم بدليلها، ولكن بها وحدها، مثل علة الإسكار في إقامة الحد على الشارب، فقد ذهب الحنفية إلى أن الحد على الشارب لا يقام إلا إذا أخذ سكران فعلا ولا تكفي الرائحة، ذلك أن السكر هو العلة الموجبة للحد، والرائحة دليل عليه، ولا عبرة للدليل هنا ما دامت العلة ظاهرة.

هذا إذا كان السكر بغير الخمرة، فإذا كان بالخمرة أخذ بالشرب مطلقا، لأن علة تحريم الخمرة والحد بها هو الخمرية نفسها للنص: «حرمت الخمرة بعينها، والسكر من كل شراب» أخرجه النسائي(١).

* (٨) تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات (م ٩٨):

هذه القاعدة مشابهة في مضمونها للقاعدة السابقة لها، ومعنى هذه القاعدة أن السبب يقام مقام المسبب في الملك، فإذا تبدل سبب الملك اعتبر الملك نفسه متبدلا حكما، وأنيط بتبدل السبب من الأحكام كل ما يناط بتبدل الملك نفسه منها.

- **ولذلك تطبيقات عدة، منها:**

١) إذا باع رجل سلعة من آخر، فوجد المشتري بالسلعة عيبا، ثبت للمشتري خيار العيب، فإذا باع المشتري السلعة من آخر قبل الفسخ، ثم اشتراها منه بعد ذلك لم يكن له الرجوع على البائع الأول بالعيب، لأن سبب الملك تغير، فاعتبر

---

(١) انظر سنن النسائي (٨/ ٢٨٧)، وانظر شرح المجلة (١/ ١٨٥-١٨٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٣٨-١٠٣٩).

الملك نفسه متغيرا، فسقط الخيار لذلك.

٢) إذا وهب رجل سلعة لآخر، كان للواهب الرجوع في هبته ما دامت قائمة في يد الموهوب له، فإذا باعها الموهوب له من آخر، ثم اشتراها منه، لم يعد للواهب الرجوع فيها لتبدل سبب الملك.

٣) تصدق رجل على آخر بصدقة، جاز للمتصدق عليه هبتها لهاشمي أو غني لتبدل الملك، وقد ثبت في هذا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دخل على بريرة معتَقة عائشة - رضي الله تعالى عنها - فقدمت إليه تمرا، وكان القدر يغلي من اللحم، فقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ألا تجعلين لي نصيبا من اللحم؟ «فقالت: «يا رسول الله، إنه لحم تُصدق به عليَّ»، فقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لك صدقة، ولنا هدية**»[1].

* (٩) لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم (م ٨٠):

تقدم في شرح قاعدة سابقة: «الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان» أن البينة حجة قاطعة حكما، وهي حجة متعدية، فيجب القضاء بها، ويلزم هذا القضاء كل الأطراف المعنية في الدعوى، لأنها حجة متعدية.

وفي هذه القاعدة ضابط الشهادة المقبولة، وهو ألا تكون شهادة متناقضة ينقض بعضها بعضا، كأن يشهد الشهود أن لفلان على فلان حقا، ثم يشهدون بعد ذلك بأنه لا حق له عليه، أو أن يشهدوا أن له عليه ألف ليرة قرضا، ثم يشهدوا أن ألف الليرة هذه ثمن مبيع في ذمته، فإذا كان كذلك لم تقبل هذه الشهادة لتناقضها وتهاترها.

والتناقض معناه التنافي بين الكلامين بحيث يلزم من صدق أحدهما كذب الآخر، هذا وللتناقض في الشهادة وأثره على الحق المدعى به تفصيلات أشارت إليها القاعدة، فإنه يفرق في ذلك بين أن يكون التناقض في البينة حصل قبل القضاء بها أو بعده على الشكل الآتي:

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٦٦-٢٦٧)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠١٣-١٠١٤).

١) أن يقوم التناقض في البينة قبل القضاء بها، وهنا تسقط البينة، ولا يجوز القضاء بها أصلا، لعدم ترجيح أحد النقيضين على الآخر بمرجح.

مثال ذلك أن يشهد الشهود أن لفلان على فلان دينا قدره ألف ليرة سورية، ثم يشهدون بعد ذلك وقبل القضاء بشهادتهم أن ألف الليرة هذه ذهبية وليست سورية، هنا تسقط البينة، ولا يجوز القضاء بها أصلا إذا وقع التناقض في مجلس القضاء، فإذا كان خارجه، قبله أو بعده، لم يعتد بالتناقض، والعبرة لما شهدوا به في مجلس القضاء.

٢) أن يحصل التناقض في البينة بعد القضاء بها، وهنا لا ينقض القضاء توخيا لاستقرار المعاملات، ولأن القول الأول ترجح بالقضاء به، فلا ينقض بالقول الثاني المناقض له، لأنه أضعف منه، ولكن يغرم الشهود ما حكم على المدعى عليه به بموجب شهادتهم، لأنهم مسببون لضمانه، ولا ضمان على القاضي أصلا مع أنه المباشر في إيجاب الضمان، وذلك استثناء من القاعدة السابقة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر» سدا لذريعة التحرج من تولي القضاء.

وذلك مثل أن يشهد الشهود بأن لفلان على فلان دينا مقداره ألف ليرة سورية، فيقضي القاضي بشهادتهم، ثم يرجع الشهود عن شهادتهم، ويقروا بالكذب أو التوهم، فإن القاضي لا ينقض حكمه، ولكن يغرم الشهود مقدار ألف ليرة يدفعها للمحكوم عليه بها تعويضا عما حكم عليه به.

هذا إذا كان الرجوع من الشهود في مجلس القضاء أيضا، فإذا كان خارجه لم يعتد برجوعهم أصلا، والقضاء على حاله، ولا ضمان عليهم[(١)].

***

(١) انظر شرح المجلة (١/ ٢٢٨-٢٣١)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٤٤-١٠٤٦).

الثالثة عشرة: نظرية الالتزام

الالتزام وجه آخر للحق الشخصي، فما من حق شخصي إلا ووراءه التزام.

وللالتزام أسباب مختلفة، على رأسها العقود والأعمال الضارة، وقد بحثها علماء القانون الوضعي بإسهاب، بل إنهم جعلوا نظرية الالتزام العمود الفقري لدراسة الحقوق أصلا.

وكذلك الفقهاء المسلمون، فقد توسعوا في دراسة فروع هذه النظرية، وإن لم يوافقوا الاسم والترتيب الذي سار عليه علماء القانون الوضعي.

وإليكم بعضا من الضوابط التي تتألف منها هذه النظرية في الفقه الإسلامي:

*** (١) الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود (م ٥١):**

الشيء المعدوم سواء أكان حقا أم مالا أم غير ذلك، لا يمكن أن يعود بعد انعدامه، لأن ذلك مستحيل عقلا، وهذا بالنسبة للبشر لا غير، أما بالنسبة لله تعالى، فليس ذلك واردا في حقه جل شأنه، لأنه القوي بلا حدود.

وكذلك الحال بالنسبة للحقوق والالتزامات إذا أسقطها صاحبها، فإنها تسقط ولا تعود إلى التوجب شرعا مرة ثانية، ذلك أن الإسقاط إعدام، والمعدم لا يعود عقلا، فلا يعود الساقط بعد إسقاطه شرعا لذلك وإن كان قد يعود مثله بسبب جديد.

- **والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:**

١) إذا أبرأ الدائن مدينه من الدين سقط الدين عن المدين، وبرئت ذمته منه، فلا يعود بعد ذلك إلى التوجب بأي حال، وإن كانت ذمته قد تنشغل بدين جديد إلا أنه غير الأول.

٢) أسقط الشفيع حقه في شفعة الدار صريحا أو دلالة، بأن قال: أسقطت

شفعتي، أو ساوم المشتري على الدار محل الشفعة، سقطت شفعته، ولا يحق له المطالبة بها بعد ذلك، فإذا بيعت ثانية ثبتت له الشفعة فيها، إلا أنها بسبب جديد.

٣) أسقط مالك الدار حقه في المرور من أرض جاره، أو حقه في الشرب أو المسيل بعد أن كان له هذا الحق، سقط الحق ولم يعد للتوجب بعد ذلك إلا بسبب جديد.

هذا كله إذا كان الحق قد سقط فعلا، فإن هنالك من الحقوق ما لا يسقط بالإسقاط أصلا، ولهذا فإن الإبراء منه أو إسقاطه صورة لا يمنع من العودة فيه، لا استثناء من هذه القاعدة في إعادة الساقط، ولكن لعدم دخوله فيها أصلا لعدم السقوط.

- **ولذلك أمثلة كثيرة، منها:**

١) أسقطت الأم حقها في حضانة طفلها، ثم عادت فطالبت به، فإنها تجاب إلى طلبها، لغلبة حق الولد في هذا الحق.

٢) أسقط حقه في ملكية عين، ثم ادعى بها، فإنه يجاب إلى دعواه، ويحكم له بها، لأن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط أصلا، بل تقبل النقل فقط.

٣) أسقط حقه في الولاية على اليتيم، أو تولي الوقف، ثم ادعى به، فإنه يجاب إلى دعواه، لأن هذه الحقوق لا تقبل الإسقاط لما فيها من تعلق حق الغير بها.

وقد ذكر أستاذنا الجليل مصطفى الزرقاء أن والده رحمه الله تعالى استنبط ضابطا يفرق بين ما يسقط من الحقوق بالإسقاط وبين ما لا يسقط منها به.

وخلاصة هذا الضابط مع بعض التصرف والتفصيل: أن الحق الذي يسقط بالإسقاط هو ما توافرت فيه صفات أربع، هي:

١) أن يكون الحق قائما حين الإسقاط، فلا يصح الإبراء من دين مثلا قبل نشوئه، لأن الإسقاط لا يكون إلا عن أمر متوجب فعلا[1].

---

(١) لهذه القاعدة بعض المستثنيات عند الحنفية، منها: اشترى سلعة وأبرأ البائع من كل عيب، ثم حدث فيها عيب بعد العقد قبل القبض، برئ منه لدى الشيخين رغم أن البراءة عنه حصلت قبل وجوده، وذلك لأنه يسقط تبعا. انظر كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (ف ٢٢١).

٢) ألا يكون الحق المسقط متعلقا بتملك عين[١]، لأن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط أصلا.

٣) أن تكون مصلحة صاحب الحق المراد إسقاطه فيه خالصة أو غالبة، فلو كانت مغلوبة أو لا مصلحة له فيه أصلا، لم يصح إسقاطه، ذلك أن الإسقاط في مضمونه إقرار، والإقرار كما تقدم حجة قاصرة على المقر نفسه، فلا يسقط به هنا حق غير المقر، ولهذا لم يصح إسقاط الحدود، لأنها حق خالص لله تعالى، بخلاف القصاص فإنه حق خالص أو غالب لأولياء الدم، فيسقط بإسقاطهم، وكذلك الحضانة لا تسقط بإسقاط الحاضن لأن فيها حقا غالبا للمحضون.

٤) ألا يترتب على إسقاط الحق نتيجة غير مشروعة، وإلا لم يسقط لعدم المشروعية، فلو باع شخص شيئا كان قد آجره أو رهنه قبل البيع، فللمشتري الخيار في أن يفسخ البيع ويسترد الثمن، أو ينتظر انقضاء مدة الإجارة أو فكاك الرهن، ليتسلم المبيع، فلو أسقط حقه في هذا الخيار لا يسقط على الراجح من الآراء.

هذا هو الضابط الذي ذكره أستاذنا الزرقاء في مدخله، وهو ضابط دقيق في جملته إلا أنني أرى في المثال الأخير، وهو عدم سقوط خيار مشتري المرهون والمأجور بإسقاطه شيئا، لا سيما قد عزاه الأستاذ الزرقاء إلى رد المحتار، باب التصرف في الرهن، فإنني رجعت إلى رد المحتار، فلم أجد فيه ما فهمه منه أستاذنا الجليل، ولهذا فإنني سوف أورد نص ابن عابدين الذي ألمح إليه الأستاذ الزرقاء، ثم أعقب ذلك بفهمي للنص المذكور.

قال صاحب الدر: «وإذا بقي موقوفا، فالمشتري بالخيار إن شاء صبر إلى فكاك الرهن، أو رفع الأمر إلى القاضي لفسخ البيع، وهذا إذا اشتراه ولم يعلم أنه رهن، ابن كمال»[٢].

---

(١) العين هنا هي كل يتعين بالتعيين، ويقابلها الدين وهو ما يثبت في الذمة ولا يقبل التعين بالتعيين، وملكية الديون تقبل الإسقاط، على خلاف ملكية الأعيان.

(٢) ابن عابدين (٦/ ٥٠٨).

وقال ابن عابدين تعليقا وشرحا: «أو رفع الأمر إلى القاضي: لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة، وهو إلى القاضي، (عناية). قوله: وهذا، أي: ثبوت الخيار للمشتري، لكن عدم الفرق هو الأصح، (رملي عن منية المفتي)، وهو المختار للفتوى (حموي وغيره عن التجنيس)، وفي جامع الفصولين: يتخير مشتري مرهون ومأجور، ولو عالما به عندهما، وعند أبي يوسف: يتخير جاهلا لا عالما، وظاهر الرواية قولهما». اهـ، قال الرملي في حاشيته عليه: وهو الصحيح، وعليه الفتوى، كما في الولواجية».

وقد أعاد هذا المعنى ابن عادين في بيع الفضولي بعبارة أوضح نصها: «وأما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالإجارة والرهن عند أبي يوسف، وعندهما له ذلك وإن علم، وعزي كل منهما إلى ظاهر الرواية كما في الفتح، لكن في حاشية الفصولين للرملي عن الولواجية أن قولهما هو الصحيح، وعليه الفتوى» [(١)]. اهـ.

المتبادر للذهن أن الأستاذ الزرقاء قصد بقوله: «على الراجح من الآراء» قول الطرفين هنا الذي اعتمده للفتوى الرملي عن الولواجية، إلا أنني أرى أن هذا القول هو غير الدعوى التي نحن بصددها، فالدعوى عدم سقوط حق المشتري بإسقاطه، وهذا القول في ثبوت حق الفسخ للمشتري إذا أقدم على الشراء وهو يعلم بالرهن، وبين الدعوى والقول فرق لا يصح معه الاستشهاد به فيها.

ولو استشهد به الأستاذ الجليل على أن إقدام المشتري على الشراء لا يعد إسقاطا لحقه في الخيار، ورضا منه بالضرر، لأن المشتري يرجو عند الإقدام على الشراء إجازة المرتهن والمستأجر للبيع، فلا يعد مجرد إقدامه على البيع مع علمه بالرهن والإجارة إسقاطا لخياره، لكان استشهادا صحيحا، إلا أنه غير الدعوى، وليس في هذا القول ما يصلح في نظري دليلا على دعواه.

ثم إنني أرى في صحة المثال المذكور أصلا شيئا، ذلك أن أمثلة كثيرة نص

---

(١) ابن عابدين (٥/ ١١٠-١١١)، وانظر كتابنا في الفقه الإسلامي (ف ٢٥١) معزوا إلى ابن عابدين.

عليها الفقهاء تخالفه، منها:

١) اشترى سلعة معيبة، وبعد رؤيته للعيب أسقط حقه في خيار العيب، سقط الخيار ولزمه البيع، مع أن في ذلك ضررا عليه، لم يلتزمه بالعقد[١].

٢) اشترى سلعة واشترط لنفسه خيار الشرط يومين، ثم أسقط خياره بعد ساعة، سقط الخيار، مع أن في ذلك ضررا عليه لم يلتزمه بالعقد [٢].

٣) جاء في شرح المجلة للعلامة الأتاسي في شرح هذه القاعدة: «ومن هذا ترى قاعدة الساقط لا يعود جارية في الحقوق المجردة كالخيارات والشفعة مثلا»، فيدخل في ذلك مسألتنا هذه، لأنها من الخيارات.

نعم نص الفقهاء على أن خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط الصريح قبل الرؤية أو بعدها، ولكن بالإسقاط الضروري فحسب[٣]، إلا أن سبب ذلك ليس ما يترتب على هذا الإسقاط من نتائج غير مشروعة، ولكن لأن هذا الخيار حق الله فيه غالب، فلم يسقط بالإسقاط الصريح لذلك وهو داخل في البند الثالث من الضابط.

ولذا فإنني أرى أن هذا الضابط صحيح ودقيق إذا حذف منه البند الرابع، لأن البند الرابع هذا لم يشهد له نص فيما أعلم، بل إن نصوص الفقهاء وتطبيقاتهم تجافيه وتخالفه كما تقدم، والله تعالى أعلم[٤].

*** (٢) لا يتم التبرع إلا بالقبض (م ٥٧):**

الأصل في العقود في الشريعة الإسلامية أن ينتج عنها حكمها النوعي بمجرد انعقادها صحيحة بالإيجاب والقبول، دونما حاجة إلى قبض، فالبيع ينقل ملكية العين المبيعة بمجرد الإيجاب والقبول، والإجارة تنقل ملكية المنفعة بمجرد

---

(١) انظر بحوث في الفقه الإسلامي (ف ٢٢٥-٢٣٥).

(٢) انظر بحوث في الفقه الإسلامي (١٠٢-٢٠٦).

(٣) انظر بحوث في الفقه الإسلامي (ف ٢٥١) معزوا إلى البدائع (٧/ ٣٣٧٢-٣٣٧٣)، والعناية على الهداية (٥/ ١٤١).

(٤) انظر شرح المجلة (١/ ١١٨-١٢٢)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠١٠-١٠١٣).

الإيجاب والقبول أيضا، والنكاح يحل المتعة بالإيجاب والقبول.

إلا أنه يستثنى من ذلك عقود التبرع، فإنها لا تنتج حكمها النوعي الأصلي بالإيجاب والقبول وحده، ولكن بالقبض بعده، وهي: الهبة ويلحق بها الصدقة والهدية، والإعارة، والإيداع، والقرض، والرهن.

فإذا وهب إنسان آخر سلعة، لم يملكها الموهوب له قبل القبض، ولهذا لم يكن له مطالبة الواهب بها قبله.

وإذا أعار إنسان آخر سلعة، لم يملك المعار حق الانتفاع بها قبل قبضها، ولا يكون له مطالبة المعير بتسليمها له قبله، وذلك لأن التبرع في الشريعة الإسلامية غير ملزم، ولو قلنا بثبوت حكمه قبل القبض لكان فيه إلزام، ولجاز عندئذ للموهوب مطالبة الواهب بتسليمه الهبة، وكذلك المستعير والوديع، وهو عود على الموضوع بالنقض، ولذلك كان حكمها متوقفا على قبضها لذلك[1].

***

(١) انظر شرح المجلة (١/ ١٣٨-١٤١)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠١٣)، وبحوث في الفقه الإسلامي (ف ٣٦٩).

القواعد الفقهية الكلية التي جاءت بها المجلة مرتبة حسب الحروف الهجائية لأوائلها

الرقم	القاعدة	المادة
١	الاجتهاد لا ينقض بمثله	١٦
٢	الأجر والضمان لا يجتمعان	٨٦
٣	إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر	٩٠
٤	إذ بطل الأصل يصار إلى البدل	٥٣
٥	إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه	٥٢
٦	إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع	٤٦
٧	إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما	٢٨
٨	إذا تعذر إعمال الكلام يهمل	٦٢
٩	إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز	٦١
١٠	إذا زال المانع عاد الممنوع	٢٤
١١	إذا سقط الأصل سقط الفرع	٥٠
١٢	استعمال الناس حجة يجب العمل بها	٣٧
١٣	الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان	٧٠
١٤	الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته	١١
١٥	الأصل براءة الذمة	٨
١٦	الأصل بقاء ما كان على ما كان	٥
١٧	الأصل في الصفات العارضة العدم	٩
١٨	الأصل في الكلام الحقيقة	١٢
١٩	الاضطرار لا يبطل حق الغير	٣٣
٢٠	إعمال الكلام أولى من إهماله	٦٠
٢١	الأمر إذا ضاق اتسع	١٨

الرقم	القاعدة	المادة
٢٢	الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل	٩٥
٢٣	الأمور بمقاصدها	٢
٢٤	إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت	٤١
٢٥	البقاء أسهل من الابتداء	٥٦
٢٦	البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة	٧٨
٢٧	البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل	٧٧
٢٨	البينة على المدعي، واليمين على من أنكر	٧٦
٢٩	التابع تابع	٤٧
٣٠	التابع لا يفرد بالحكم	٤٨
٣١	تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات	٩٨
٣٢	التصرف على الرعية منوط بالمصلحة	٥٨
٣٣	التعيين بالعرف كالتعيين بالنص	٤٥
٣٤	الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان	٧٥
٣٥	الجواز الشرعي ينافي الضمان	٩١
٣٦	جناية العجماء جبار	٩٤
٣٧	الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة	٣٢
٣٨	الحقيقة تترك بدلالة العادة	٤٠
٣٩	الخراج بالضمان	٨٥
٤٠	درء المفاسد أولى من جلب المصالح	٣٠
٤١	دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه	٦٨
٤٢	ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله	٦٣
٤٣	الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود	٥١
٤٤	السؤال معاد في الجواب	٦٦

الرقم	القاعدة	المادة
٤٥	الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف	٢٧
٤٦	الضرر لا يزال بمثله	٢٥
٤٧	الضرر لا يكون قديما	٧
٤٨	الضرر يدفع بقدر الإمكان	٣١
٤٩	الضرر يزال	٢٠
٥٠	الضرورات تبيح المحظورات	٢١
٥١	الضرورات تقدر بقدرها	٢٢
٥٢	العادة محكمة	٣٦
٥٣	العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني	٣
٥٤	العبرة للغالب الشائع، لا للنادر	٤٢
٥٥	الغرم بالغنم	٨٧
٥٦	قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل	٨١
٥٧	القديم يترك على قدمه	٦
٥٨	الكتاب كالخطاب	٦٩
٥٩	لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل	٧٣
٦٠	لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم	٨٠
٦١	لا ضرر ولا ضرار	١٩
٦٢	لا عبرة بالظن البين خطوه	٧٢
٦٣	لا عبرة للتوهم	٧٤
٦٤	لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح	١٣
٦٥	لا مساغ للاجتهاد في مورد النص	١٤
٦٦	لا يتم التبرع إلا بقبض	٥٧
٦٧	لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي	٩٧

الرقم	القاعدة	المادة
٦٨	لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه	٩٦
٦٩	لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان	٦٧
٧٠	لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان	٣٩
٧١	ماثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه	١٠
٧٢	ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه	١٥
٧٣	ما جاز لعذر بطل بزواله	٢٣
٧٤	ما حرم أخذه حرم إعطاؤه	٣٤
٧٥	ما حرم فعله حرم طلبه	٣٥
٧٦	المباشر ضامن وإن لم يتعمد	٩٢
٧٧	المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد	٩٣
٧٨	المرء مؤاخذ بإقراره	٧٩
٧٩	المشقة تجلب التيسير	١٧
٨٠	المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة	٦٤
٨١	المعروف بين التجار كالمشروط بينهم	٤٤
٨٢	المعروف عرفا كالمشروط شرطا	٤٣
٨٣	المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط	٨٢
٨٤	الممتنع عادة كالممتنع حقيقة	٣٨
٨٥	من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه	٩٩
٨٦	من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه	١٠٠
٨٧	من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته	٤٩
٨٨	المواعيد باكتساب صور التعليق تكون لازمة	٨٤
٨٩	النعمة بقدر النقمة، والنقمة بقدر النعمة	٨٨
٩٠	الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر	٦٥

الرقم	القاعدة	المادة
٩١	الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة	٥٩
٩٢	يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام	٢٦
٩٣	يختار أهون الشرين	٢٩
٩٤	يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا	٦٩
٩٥	يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء	٥٥
٩٦	يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها	٥٤
٩٧	يقبل قول المترجم مطلقا	٧١
٩٨	اليقين لا يزول بالشك	٤
٩٩	يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان	٨٣

***

الفصل الثاني

بعض القواعد الفقهية الكلية التي لم توردها مجلة الأحكام العدلية مرتبة حسب الحروف الهجائية لأوائلها

*** (١) الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (المدخل ٢/ ١٠٦٨):**

الإجازة هي الإمضاء، وتكون في العقود والتصرفات القولية الموقوفة، وهي كثيرة متنوعة بتنوع أسبابها، فالبيع مثلا يتوقف لسببين هما: انعدام الولاية من البائع على المبيع، وتعلق حق غير المتعاقدين بالمبيع.

فمن الأول بيع الصبي المميز سلعته من آخر بثمن المثل أو بغبن يسير، فإنه موقوف على إجازة وليه.

ومن الثاني بيع الفضولي مال غيره بغير أمره أو إذنه السابق، فهو موقوف على إجازة المستأجر لتعلق حقه فيه.

والوكالة عقد يتضمن إنابة الموكل غيره عنه فيما يملكه هو من التصرفات لحاجة أو ترفه، وهي إذا كانت مستكملة شروطها كان تصرف الوكيل معها نافذا من حين انعقاده، فمن وكل آخر ببيع كتابه فباعه، نفذ البيع من حين انعقاده بالإيجاب والقبول.

والقاعدة هذه تجعل الإجازة اللاحقة للتصرف الموقوف بمثابة الوكالة السابقة فيه، من حيث نفاذ التصرف بها من حين انعقاده.

فمن باع من آخر كتاب غيره بلا إذنه، ثم علم المالك بذلك بعد يومين فأجازه، كان البيع نافذا بذلك بأثر رجعي يعود إلى تاريخ الانعقاد قبل يومين، وليس من تاريخ الإجازة، وعلى ذلك تكون زيادات المبيع في هذه المدة -مدة اليومين- للمشتري.

والشبه بين الوكالة والإجازة في هذه القاعدة ليس منحصرا في الانعقاد فقط، وإنما هو منسحب على الشروط أيضا، فإنه يشترط في الإجازة ما يشترط في الوكالة تماما، فيشترط لها الأهلية، وقيام محل التصرف كالمبيع في البيع، وقيام العاقدين كالفضولي والمشتري في عقد البيع، وهو معروف في كتب الفروع[1].

---

(١) انظر على سبيل المثال كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (فقرة ١٣١).

*** (٢) الإسقاط لا يصح إلا على الماضي:**

الإسقاط للحقوق معناه التنازل عنها، والإسقاط للديون معناه الإعفاء منها.

والقاعدة هذه تعني أن الإسقاط إذا ورد على حق أو دين سابق على تاريخه سقط به، وإلا لم يسقط، لأن الإسقاط لا يتأتى إلا في أمر ثابت، والحقوق اللاحقة للإسقاط غير ثابتة وقته، فيقع الإسقاط عنها باطلا، وتبقى الحقوق لازمة على حالها لم تتأثر به.

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) أسقط ما له من ديون في ذمة فلان، ثم أقرضه من جديد بعد الإسقاط، لم يدخل في الإسقاط هذا القرض الجديد، ويبقى للمقرض حق المطالبة به.

٢) باعه سلعة، واشترط عليه أنه بريء من كل عيب فيها قبل العقد أو عيب سيحدث بعد العقد، فرضي المشتري بذلك، ثم جد بالسلعة عيب بعد العقد وقبل القبض، صح الإبراء عن العيوب السابقة قبل العقد، وبقي للمشتري الخيار بالعيب الحادث بعد العقد لعدم صحة الإبراء عنه.

هذا ويجيز الشيخان من الحنفية الإبراء عن العيب اللاحق إذا دخل في البراءة من العيب، تبعا لا أصلا، كما إذا قال له: على أني بريء من كل عيب، فإنه يبرأ من العيب القديم للبراءة منه أصلا، ومن العيب الحادث للبراءة منه تبعا للعيب السابق حيث جاء نص البراءة مطلقا فشمله، للقاعدة الفقهية: «يغتفر في التبع ما لا يغتفر في الأصل».

وذهب محمد بن الحسن وزفر والحسن إلى عدم صحة البراءة من العيب الحادث في الحالين[١].

---

(١) انظر كتابنا فقه المعاوضات-١ (ص٢٨٦).

*** (٣) الأصل في الأشياء الإباحة (المدخل ٢/ ١٠٦٨):**

جاءت هذه القاعدة في الأشباه والنظائر لابن نجيم بلفظ: «هل الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على عدم الإباحة وهو مذهب الشافعي رحمه الله، أو التحريم حتى يدل الدليل على الإباحة، ونسبه الشافعية إلى أبي حنيفة رحمه الله؟»، وهو تفصيل وبيان، ولذلك اخترت للقاعدة اللفظ الأول وقدمته.

وقد أسند السيوطي من الشافعية إلى أبي حنيفة القول بأن الأصل في الأشياء الإباحة.

والتحقيق أن الشافعية يقولون بأن الأصل في الأشياء الإباحة، وهو مروي عن بعض الحنفية، ومنهم الكرخي، وصاحب الهداية المرغيناني، وأكثر الحنفية على التوقف في الحكم فيما لم يرد به دليل، وهو المذهب عندهم، ذلك أنه لابد للأشياء من حكم، لكنا لم نقف عليه بالعقل، فلابد من الدليل إذن.

وذهب بعض أهل الحديث إلى أن الأصل في الأشياء التحريم حتى يقوم الدليل على الحل.

- **وقد تحصل من ذلك ثلاثة مذاهب:**

١) الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم دليل التحريم، وهو مذهب الشافعية وبعض الحنفية.

٢) الأصل في الأشياء التحريم حتى يقوم دليل الحل، وهو مذهب بعض أهل الحديث.

٣) لا حكم في الأشياء إلا بورود الدليل عليها من الشارع، وهو مذهب الحنفية.

ومعنى القاعدة: أن الأشياء من حيث حكمها الشرعي على نوعين:

أ) أشياء أمر الله تعالى بها أو نهى عنها أو جعلها مباحة، كالصلاة والزكاة، والخمرة والربا، والبيع والصيد، وهذه ثابت فيها الحكم حرمة أو وجوبا أو إباحة، بحسب الدليل الوارد فيها، باتفاق الفقهاء.

ب) أشياء سكت الله تعالى عنها، ولم يبين فيها شيئا، وهذه تكون مباحة عند الشافعية، ومتوقفا فيها عند الحنفية في الراجح، ومحرمة عند أهل الحديث أو بعضهم، بحسب ما تقدم.

- **والأمثلة على هذا النوع كثيرة، منها:**

١) الحيوانات التي أشكل أمرها، ولم يرد نص فيها، كالزرافة، هل يباح أكلها؟

٢) النبات إذا لم يعرف اسمه، هل يحل تناوله؟

٣) لو دخل حمام برجا مملوكا لرجل، هل يدخل في ملك صاحب البرج بذلك إذا لم يظهر له مالك آخر؟

الفقهاء مختلفون في هذه المسائل على وفق اختلافهم في القاعدة السابقة لديهم [١].

* (٤) الأصل في الأبضاع التحريم:

البُضع - بضم الباء - في اللغة: الفرج، ويطلق على الجماع أيضا، كما يطلق على التزويج، وهو مفرد يجمع على أبضاع، والمراد به هنا المرأة المرادة للزواج،ويدخل فيه كل ما يرتبط بالجماع من المسائل.

ومعنى القاعدة أن الأصل في المرأة المرادة للزواج أن تكون محرمة على الرجال ولا تحل لأحد منهم إلا إذا ثبت حلها له بدليل، وهذا استثناء من القاعدة السابقة: «الأصل في الأشياء الإباحة»، وهي محل اتفاق الفقهاء.

- **وقد بنوا عليها أحكاما كثيرة، منها:**

١) وكل رجل شخصا آخر بشراء جارية له بأوصاف معينة، فاشترى الوكيل جارية بالصفات المذكورة، وقبل تسليمها للموكل مات الوكيل، لم يحل للموكل وطؤها، لاحتمال أن يكون الوكيل اشتراها لنفسه، وهو وإن كان احتمالا مغلوبا إلا أن الأصل في الفروج التحريم حتى يثبت العكس، ولم يثبت هنا الحل بدليل راجح مقبول.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ٩٧)، والسيوطي (ص٦٦-٦٧).

٢) رجل رضع من امرأة من نساء معينات، ثم نسي أهله المرأة التي رضع منها، حرم عليه الزواج من هؤلاء النساء لاحتمال أن تكون هي المرضعة، وهو وإن كان شكا إلا أن الأصل يدعمه.

٣) طلق واحدة من نسائه، أو أعتق واحدة من إمائه، ثم نسي المطلقة أو المعتقة، لم يحل له قربان واحدة من نسائه أو إمائه حتى يتذكر المطلقة أو المعتقة لهذه القاعدة.

٤) جامع زوجته فأفضاها[١]، حرم عليه جماعها بعد ذلك، لاحتمال الإدخال في المكان المحرم[٢].

* (٥) الأصل في العقد رضا المتعاقدين، ونتيجته ما التزماه بالتعاقد (المدخل ٢/ ١٠٦٩):

هذه القاعدة من ضوابط نظرية: «مقتضى العقد»، وهي تمثل مذهب الحنبلية فيها، خلافا لمذهب الجمهور، ومعناها أن المتعاقدين حران في تقييد عقدهما بالشروط الجعلية التي يريانها محققة لمصالحهما ما داما متفقين عليها وراضيين بها، ولا يضر ذلك العقد، ولا يعود عليه بالنقض.

وهذا مقيد دون شك بما لم ينه الشارع عنه من الشروط، فإن الشروط المنهي عنها لا يجوز اشتراطها بالاتفاق، كعقدين في عقد، وشرطين في عقد، فإذا عقد العاقدان العقد وضمناه شروطا جعلية معينة غير منهي عنها، التزم العاقدان بهذا العقد مقيدا بالشروط الداخلة فيه.

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) رجل اشترى دارا، وشرط على البائع أن يبني له فيها جدارا، صح البيع والشرط عند الحنبلية، ولزم البائع بناء الجدار للشرط.

---

(١) المفضاة هي التي اختلط فيها مكان الجماع مع مكان الغائط، أي: فرجها مع دبرها.

(٢) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ٩٨-٩٩)، والسيوطي (ص٦٧-٩٦).

٢) اشترى رجل قطعة قماش، وشرط على البائع أن يخيطها له ثوبا على نحو معين بيَّنه، صح البيع لدى الحنبلية، ولزم الشرط البائع.

هذا وقد مال علماء القانون الوضعي إلى الأخذ في الشروط الجعلية العقدية بمذهب الحنبلية أو نحو منه، وعبروا عن ذلك بقاعدة لديهم: «العقد شريعة المتعاقدين»[١].

*** (٦) الأمين مصدق باليمين (المدخل ٢/ ١٠٦٩):**

الأصل في باب إثبات الدعاوى عامة لدى القاضي في الشريعة الإسلامية أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، فمن ادعى على آخر دينا فأنكر المدعى عليه ذلك، كلف المدعي بالبينة، ولم تقبل منه اليمين بدلا منها.

فإذا عجز عن البينة كلف المدعى عليه باليمين إذا طلب المدعي ذلك، وصدق بها، هذا إذا أنكر المدعى عليه الدين، فإذا أقر بالدين وادعى الوفاء، جعل المدين هنا مدعيا، وكلف بإثبات الوفاء بالبينة، وإلا وجهت اليمين إلى الدائن، لأنه ينكر الرد.

هذا في الدعاوى العامة، إلا أنه يستثنى من ذلك الدعاوى في عقود الأمانات، كالعارية والوديعة، والدعاوى على الأمناء في كل التصرفات، كالوصي وناظر الوقف، فإنه يقبل فيها اليمين من الأمين ولو كان مدعيا.

كمن أودع عند آخر وديعة، وعندما أراد المودع استردادها، ادعى الوديع أنه ردها إليه قبل ذلك، والمدعي المودع ينكر ذلك، في هذه الحال يقبل من الوديع قوله بيمينه، ويعفي به من ضمان الوديعة خلافا للأصل في إثبات الدعاوى العادية، فلو أراد الوديع إقامة البينة على قوله بدلا من اليمين، قبل منه من باب أولى، لأنه الأصل في الإثبات[٢].

---

(١) انظر كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (الفقرات ١٢٢-١٢٧).

(٢) انظر المادة (١٧٧٤) من مجلة الأحكام العدلية.

*** (٧) الإنفاق بأمر القاضي كالإنفاق بأمر المالك (المدخل ٢/ ١٠٦٩):**

الأصل في الالتزام أن الإنسان لا يلزم بشيء إلا إذا التزمه بنفسه، أو ألزمه به الشارع، فمن الأول الإقرار بالمال والبيع والاستئجار، ومن الثاني النفقة على القريب.

إلا أن الإنسان قد يمتنع عن القيام بواجب عليه مما يضر بالآخرين، ويشكل اعتداء عليهم، أو أن الآخرين قد يعجزون عن الوصول إلى حقهم منه لغيبته أو مرضه، وفي هذه الحال يحل القاضي محله في الإذن والأمر، ويكون أمره لهم بالإنفاق عنه ودفع التزامه حالا محل أمره هو نفسه في حق الوفاء والرجوع عليه به.

وعلى ذلك يكون معنى القاعدة: «الإنفاق بأمر القاضي كالإنفاق بأمر المالك في حق الرجوع عليه».

- **والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:**

١) دار مشتركة بين رجلين تهدم أحد جدرانها، فبناه أحد الشريكين من ماله، ثم أراد الرجوع على شريكه بحصته من النفقة، فهل له ذلك؟

إن كان أنفقه بإذن شريكه وأمره رجع عليه بحصته من النفقة، وإلا كان متبرعا، إلا أن يكون رفع الأمر للقاضي، وأذن له القاضي بالإنفاق، فإنه يرجع على شريكه بحصته في هذه الحال، لهذه القاعدة.

وكذلك إذا كان الشريك غائبا، وليس ممتنعا متعنتا، فإن للقاضي أن يأذن للشريك بالنفقة الضرورية، ويرجع عندها على شريكه بحصته، وإلا كان متبرعا[1].

٢) رجل عثر على لقطة في الشارع، فعرَّفها، فلم يعرفها أحد، فحفظها لصاحبها، وأنفق على حفظها مالا، فهل يرجع بما أنفق عليها على صاحبها عندما يعرف؟

---

(١) انظر المجلة المواد (١٣١٠-١٣١٣).

والجواب أنه إن استأذن القاضي في الإنفاق عليها يرجع عليه، وإلا فلا[1].

٣) أودع عند آخر وديعة ثم سافر، والعين المودعة بحاجة إلى النفقة، رفع الوديع الأمر إلى القاضي ليأذن له بالإنفاق على الوديعة، فإذا أذن له رجع على صاحبها بما أنفق، وإلا اعتبر متبرعا فيما أنفقه عليها[2].

*** (٨) إنما يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في إلزام غيره (المدخل ٢/ ١٠٦٩-١٠٧٠):**

هذه القاعدة مقيدة لإطلاق القاعدة السابقة: «الأمين مصدق باليمين» فتلك عامة في كل التصرفات والأحكام، وهذه خاصة في براءة نفسه لا غير، وتقييد القاعدة الأولى وحدها بما يتعلق بتصرفات الأمين المرتبطة بموضوع الأمانة فقط مسلم به للقاعدة الأصولية: «تعليق الحكم بمشتق إيذان بعلية الاشتقاق».

إلا أن هذه القاعدة تفيد ذلك أيضا ببراءة نفسه دون إلزام غيره، ذلك أن قوله إقرار، والإقرار حجة قاصرة على النفس ولا يتعدى إلى الآخرين، بخلاف البينة.

- **وأمثلة هذه القاعدة كثيرة، منها:**

١) أقر الوصي بدين على الميت لغريم، لم يصح إقراره إذا لم يكن وارثا، فإذا كان وارثا صح إقراره في حق نفسه لا غير، ولا يتعداه إلى باقي الورثة[3].

٢) أقر الوديع في غيبة المودع بالعين المودَعة عنده لأجنبي، لا يأمره القاضي بتسليمها إلى الغريم، لأن ذلك الإقرار لا يلزم المودع.

*** (٩) الباطل لا يقبل الإجازة (المدخل ٢/ ١٠٧٠):**

الإجازة إمضاء لتصرف قائم موقوف، والباطل معدوم فلا يقبل الإجازة

---

(١) انظر الاختيار (٢/ ٩٣).

(٢) انظر المجلة المادة (٧٨٦).

(٣) انظر شرح المجلة (١/ ٢٢٢-٢٢٦).

لذلك، وتكون الإجازة مع البطلان ملغاة، وكأنها لم تكن.

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) صغير غير مميز باع سلعته من آخر، فعلم وليه بالبيع بعد ذلك فأجازه، لم ينفذ البيع بهذه الإجازة، لأنه باطل لا يقبل الإجازة.

٢) صغير مميز باع سلعته من آخر بثمن المثل، فعلم وليه بالبيع بعد ذلك فرفضه، وفي اليوم الثاني راجع نفسه فأجاز البيع، لم ينفذ البيع بذلك، لأن البيع بعدم الموافقة والرفض أولا بطل، فجاءت الإجازة والبيع باطل فلم ينفذ بها، ولو أن الولي أجاز البيع قبل رفضه لنفذ البيع بهذه الإجازة، لأنه صحيح موقوف.

وعلى ذلك التصرفات الفاسدة عند الحنفية فإنها كالباطلة في عدم نفاذها بالإجازة[1].

❊ (١٠) التعليق على كائن تنجيز (المدخل ٢/ ١٠٧٠):

التعليق هو ربط حصول أمر بحصول أمر آخر، والتنجيز عكسه، وإن كثيرا من التصرفات يجري فيها التعليق كما يجري فيها التنجيز، منها الطلاق والنذر والأيمان، فالمنجز ينتج عنه حكمه بمجرد انعقاده، أما المعلق فلا ينتج حكمه عنه إلا بحصول ما علق عليه.

فمن نذر لله تعالى صدقة وجبت عليه كما نذر، ومن نذر لله تعالى صدقة إن شفى الله تعالى مريضه، لم تلزمه الصدقة إلا بشفاء مريضه، ومن قال لزوجته: هي طالق، طلقت للحال، ومن قال لزوجته: هي طالق إن جاء فلان، لم تطلق إلا بمجيء فلان.

هذا ما دام المعلق عليه معدوما عند التصرف، فإذا كان المعلق عليه كائنا عند التصرف، كان التصرف منجزا لا معلقا، ولا قيمة للتعليق في الصورة، وعلى ذلك يثبت حكمه للحال، كما إذا قال رجل لزوجته: هي طالق إذا دخل بيتي فلان،

(١) انظر كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (فقرة ١٣١).

وفلان داخل البيت، فإنها تطلق للحال، وإذا قال: إن شفى الله مريضي فعلي نذر لله صدقة بكذا، ومريضه قد عوفي قبل النذر، فإنه نذر منجز يجب عليه للحال[1].

* **(١١) الجهالة لا تؤثر في الإسقاط:**

اتفق الفقهاء على تأثر العقود جميعا بالجهالة، وكذلك تصرفات الإرادة المنفردة، وإن كانوا اختلفوا في مدى تأثير الجهالة في هذه التصرفات، كما اختلفوا في نوع الجهالة المؤثرة فيها.

ذلك أن الجهالة في هذه التصرفات مؤدية للنزاع، وهو خلاف مقصود الشارع، فيتأثر التصرف بها لذلك.

وعلى هذا إذا باع رأسا من قطيع كان البيع فاسدا، وكذلك الشهادة على إنسان مجهول، فإنها مردودة...

أما الإسقاطات فإنها لا تتأثر بالجهالة، ولكن تصح معها، لأن الجهالة فيها لا تؤدي للنزاع، وعلى هذا إذا أسقط الدائن دينه عن المدين، وكان جاهلا بمقدار الدين، سقط الدين بالغا ما بلغ، ولم يتأثر هذا الإسقاط بجهالة الدين، وهكذا.

* **(١٢) الجهل بالأحكام في دار الإسلام ليس عذرا (المدخل ٢/ ١٠٧٠):**

دار الإسلام هي البلاد التي يكون فيها الغلبة والحكم للإسلام، وغيرها دار الكفر، والإسلام نظام كامل للحياة، نظمها على أسس عادلة سهلة ميسرة للتعامل بين الناس، وقد رتب الإسلام على تصرفات العقلاء أحكاما تقوم بمجرد وجود هذه التصرفات، بشروط وأركان وأسباب خاصة.

فإذا ما تصرف إنسان عاقل مؤهل تصرفا ما في دار الإسلام وكان جاهلا بالحكم المترتب على تصرفه، نتج عن تصرفه حكمه ولا عبرة بجهله، فمن ترك الصلاة جهلا بفرضيتها عزر على تركه ذلك، ومن قتل قتيلا عمدا جاهلا بأن

---

(١) انظر كتابنا بحوث في الفقه الإسلامي (فقرة ٦٣).

حكمه القصاص، اقتص منه ولا عبرة بجهله.

هذا في دار الإسلام، أما دار الكفر فيعذر الإنسان فيها بجهله في الأحكام في أغلب الأحيان بشروط وقيود محددة، وقد لا يعذر في أحكام أخرى، وهو معروف في كتب الفروع.

هذا وقد يعد الجهل بالأحكام عذرا في دار الإسلام أيضا في بعض المسائل استثناء، وقد نص عليها الفقهاء في كتبهم في مواضع متعددة[1]، وهذا كله في حكم الدنيا، أما في الآخرة فالجهل عذر مطلقا، لأن الله تعالى يعلم السر وأخفى.

*** (١٣) الحق لا يسقط بالتقادم (المدخل ٢/ ١٠٧٠):**

الأصل في الدعاوى أن تسقط بالتقادم، وهومرور خمس عشرة سنة على الحق المدعى به، دون مطالبة صاحب الحق بحقه، من غير عذر يمنعه من المطالبة، فإذا كان قد طالب به، ولم يمض على مطالبته به هذه المدة، أو كان معذورا في عدم المطالبة لمرض أو سفر لم تسقط الدعوى بالتقادم.

والسؤال الآن: إذا سقطت الدعوى بالتقادم، أيسقط الحق المدعى به فيه بسقوطها، أم يبقى الحق قائما بحيث إذا اعترف المدعى عليه به وجب عليه أداؤه قضاء؟

والجواب: أن الذي يسقط بالتقادم هو الدعوى والخصومة لا غير، أما الحق فلا يسقط بالتقادم، بل يبقى قائما.

فإذا ادعى رجل على آخر دينا قديما منذ عشرين سنة، ولم يكن المدعي طالبه بالدين قبل ذلك، وليس له عذر في عدم المطالبة، فإن القاضي يسأل المدعى عليه عن ذلك، فإن أقر به حكم عليه به وإن كان قديما، وإن أنكره ردت الدعوى، ولم يكلف المدعي إثباتها بالبينة، فإذا أقام البينة ردت لسقوط الدعوى، وكذلك المدعى عليه لا يكلف باليمين.

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥٧١).

فأما الحكم عليه إذا أقر فلقيام الحق، وأما رد الدعوى بالإنكار فلسقوطها بالتقادم.

هذا وإن بعضا من الدعاوى لا يسقط بمرور الزمان مطلقا، وهي عديدة، منها الدعوى المتعلقة بمصالح الجماعة(١).

*** (١٤) الحكم يدور مع علته (المدخل ٢/ ١٠٧٠):**

الأحكام الشرعية من حيث تعليلها وعدمه على قسمين: أحكام معللة بعلل بينة، ويسميها الفقهاء: «أحكاما معللة»، وأحكام معللة بعلل أخفاها الله تعالى عنا واستأثر بعلمها، ويسميها الفقهاء: «أحكاما تعبدية»، أو «غير معللة».

فأما الأحكام التعبدية فثابتة لا تتغير، كعدد الركعات، ومقادير الكفارات والزكوات.

وأما الأحكام المعللة، فعلى قسمين: قسم علته ثابتة لا تقبل التغير، كالإسكار في الخمرة، والقبح في الزنا، وهذه أحكامها ثابتة أيضا، وقسم علته قابلة للتغير، كالعرف والزمان والمكان، وهذا يتغير الحكم فيه بتغير العلة، وجودا وعدما، وزيادة ونقصانا.

- **والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:**

١) رجل باع سلعته في انكلترا بعشرة جنيهات مطلقة، وآخر باع سلعته في مصر بعشرة جنيهات مطلقة أيضا، نحكم على الأول بعشرة جنيهات استرلينية، ونحكم على الثاني بعشرة جنيهات مصرية، ذلك أن علة التقييد لهذا الإطلاق العرف، وهو متغير، فيتغير الحكم بتغيره.

٢) رجل سافر في رمضان مدة أسبوع، فرخص له بالفطر فيه، فإذا نوى الإقامة بعد ذلك مدة خمسة عشر يوما فأكثر حكم عليه بوجوب الصوم، ذلك أن

---

(١) انظر المجلة المواد (١٦٦٠-١٦٧٥).

علة الرخصة هي السفر، فعندما وجدت العلة رخص له، وعندما انتفت العلة انتفت الرخصة.

* **(١٥) خطأ القاضي في بيت المال (المدخل ٢/ ١٠٧١):**

معناها: أن ما يجب على القاضي من الضمان بخطئه في قضائه واجب في بيت مال المسلمين، وليس في ماله هو، وذلك سدا لذريعة الامتناع عن تولي القضاء.

والأصل أن خطأ كل إنسان مكلف واجب في ماله، ولا يتحمل أحد عن أحد منه شيئا، للآية الكريمة: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾(١).

إلا أن تطبيق ذلك على القاضي يصرف الناس عن تحمل القضاء، ولو انصرفوا عنه لعمت الفوضى في البلاد، وضاعت حقوق العباد، فسدًّا لذريعة ذلك استثنى الشارع الإسلامي القاضي من هذا المبدأ، وقضى بأن خطأه في الأحكام يضمنه عنه بيت المال، وذلك أخذا بمبدأ «الغرم بالغنم» وذلك أن صواب القاضي يعود على الأمة بالخير، فكذلك خطؤه ينبغي أن يكون على عاتقها أيضا.

هذا ما دام القاضي لم يتعمد الخطأ في الحكم، فإذا تعمده كان ضمانه عليه، وليس في بيت المال، لأنه عمد وليس خطأ، وبيت المال لا يتحمل عنه إلا الخطأ.

ويشترط كذلك لضمان بيت المال خطأ القاضي ألا يكون هنالك من المكلفين غير القاضي من يصلح لتحمل الضمان، وإلا كان الضمان على من يصلح لتحمله، لا على بيت المال.

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) ادعى رجل على آخر أنه قتل أباه عمدا، وشهد الشهود بذلك، فقضى القاضي عليه بالقصاص ونفذه فيه، ثم تبين للقاضي أن الشهود كانوا غير عدول، وأن القاضي قصر في السؤال عنهم وكشف حالهم، فإن لأولياء المقتص منه هنا

---

(١) الآية (١٨) من سورة فاطر.

الدية في بيت مال المسلمين، لأن فقيدهم قتل بحكم القاضي الخاطئ، فكان الضمان على القاضي، فكان في بيت المال، للقاعدة.

٢) شهد أربعة على رجل بالزنا، وهو محصن، فأقيم عليه الرجم، ثم تبين للقاضي أن الشهود عبيد، وأنه قصر في التحري عنهم، كان لولي المرجوم ديته في بيت المال، للقاعدة[١].

٣) شهد أربعة على رجل بالزنا، فأقيم عليه الحد، ثم رجع الشهود إلى القاضي، وأقروا بكذبهم، فإن القاضي هنا يضمن الشهود أرش الحد، ولا ضمان على بيت المال، لأن الشهود أولى بالضمان منه في هذه الحال، وذلك بالإضافة إلى إقامة حد القذف عليهم[٢].

*** (١٦) الخيانة لا تتجزأ (المدخل ٢/ ١٠٧١):**

الخيانة ضد الأمانة، وهي صفة ذاتية قائمة بالشخص، ولهذا فإنها لا تقتصر على تصرف دون تصرف، لكنها إذ ثبتت على إنسان في تصرف معين ألحقت بكل تصرفاته الأخرى حكما، ولو لم تثبت فيها.

فمن كان وصيا على أيتام متعددين، فخان في حق واحد منهم، عزل عن وصايتهم جميعا، وليس من وصايته على من خان فيه فقط.

وكذلك ناظر الوقف إذا خان في نظارته على وقف معين، فإنه يعزل عن سائر الأوقاف التي جعل ناظرا عليها، وقد نص ابن عابدين على ذلك، وأورد هذه القاعدة بلفظ: «الفسق لا يتجزأ»[٣].

*** (١٧) الدليل إذا طرقه الاحتمال بطل به الاستدلال:**

هذه القاعدة مرادفة للقاعدة السابقة: «لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن

---

(١) ابن عابدين (٤/ ٣٣-٣٤).

(٢) ابن عابدين (٤/ ٣٤).

(٣) ابن عابدين (٤/ ٣٨٠).

دليل» فالمراد بالدليل هنا الدليل القاطع والدليل المظنون، والمراد بالاحتمال هنا الاحتمال الراجح والاحتمال المساوي، لأنهما ينزلان بالدليل من القطع إلى الشك أو الوهم، ومعلوم أن لا حجة في الشك، ولا في الوهم.

وكذلك الاحتمال المرجوح إذا كان ناشئا عن دليل، فإنه إذا أصاب الدليل القطعي أو الظني، نزل به إلى الشك أو الوهم لما يرافقه من الدليل، فيبطل الاستدلال به.

أما الاحتمال المغلوب الخالي عن الدليل، وهو الوهم، فلا عبرة به مطلقا، ولا أثر للدليل الذي دخل عليه، وأمثلته هي أمثلة القاعدة السابقة: «لا حجة في الاحتمال الناشئ عن دليل» وقد تقدم ذلك.

*** (١٨) شرط الواقف كنص الشارع (المدخل ٢/ ١٠٧٢):**

ذكر صاحب الدر المختار هذه القاعدة، وعقب عليها بما يبين مرماها فقال: «شرط الواقف كنص الشارع، أي: في المفهوم، والدلالة، ووجوب العمل به»[(١)].

ومعنى هذه القاعدة أن شروط الواقف في وقفيته لها حكم نصوص الشارع، وذلك من حيثيات ثلاث هي:

١) من حيث المفهوم، وهو عند الإطلاق مفهوم المخالفة، ومفهوم المخالفة عند الحنفية ليس بحجة في النصوص الشرعية، فكذلك شرط الواقف لا يكون المفهوم فيه حجة لهذه القاعدة.

فمن قال: وقفت داري على أولادي الذكور، أعطي الذكور من أولاده الدار الموقوفة، أما بناته فيجعلن مسكوتا عنهن، فلا يعطين منها شيئا حتى يقوم الدليل على استحقاقهن، ولا يحرمن من الوقف بمفهوم المخالفة.

وقال صاحب البحر عن العلامة قاسم: ليس المراد بالمفهوم هنا مفهوم المخالفة، وإنما مطلق الفهم، وهو البيان، وعلى ذلك يكون مفهوم المخالفة حجة

---

(١) الدر المختار في هامش ابن عابدين عليه (٤/ ٤٣٣)، وانظر إعلام الموقعين عن رب العالمين (١/ ٢٧٣-٢٧٦).

في شروط الواقف عند الحنفية، لأن الحنفية يحتجون بهذا المفهوم في كلام الناس على خلاف النصوص الشرعية، والوقف من كلام الناس، فيكون مفهوم المخالفة حجة فيه.

٢) من حيث الدلالة، المراد بالدلالة هنا ما يوحي به النص من المعاني مطلقا، وليس دلالة النص بالمعنى الأصولي لها فقط.

٣) من حيث وجوب العمل به، فإن النصوص الشرعية العمل بها واجب، وإلا كان الإثم والحرمة، وكذلك شروط الواقف يجب العمل بها ومراعاتها، إلا أن الحرمة في مخالفة النصوص الشرعية مطلقة، أما شروط الواقف فالحرمة فيها مقيدة في أكثر الأحوال بتناول الأجر، كمن استؤجر للإمامة أو الأذان أو خدمة المسجد بناء على شرط الواقف، فقصر في واجبه، فإنه آثم إذا تناول على عمله الأجر المرتب له، فإذا لم يتناول عليه الأجر المرتب له لا يأثم.

*** (١٩) الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق (المدخل ٢/ ١٠٧٢):**

الظاهر هنا هو الدليل المتبادر لأول نظرة، من ذلك: استصحاب الحال، ووضع اليد، وقرائن الحال، والأصل.

وهذا الظاهر إنما هو دليل ابتدائي تنهى به الخصومة في القضاء وتترك، ولكن لا يثبت به الحق لصاحبه ويحكم له به، وعلى هذا نقول: الظاهر لا يثبت الحق به لصاحبه لضعفه، ولا يحكم بالحق به على المدعى عليه لسقوط الدعوى به.

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) رجل ادعى على آخر سلعة في يده (يد المدعى عليه) فإن أقام المدعي البينة حكم له بالسلعة قضاء استحقاق لا يقبل النقض بعد ذلك، وإن لم يقم البينة دفعت الدعوى عن المدعى عليه -واضع اليد- بقضاء ترك يقبل النقض بعد ذلك بالبينة المخالفة، ذلك لأن الظاهر -وضع اليد هنا- دليل ابتدائي ضعيف يصلح لدفع دعوى الخصم، ولا يصلح لإثبات الحق لصاحبه فيه.

٢) رجل فقد ولم يعرف مكانه ولا حياته، وفي أثناء ذلك توفي قريب له، فهل يعد المفقود وارثا له فيحسب حسابه مع باقي الورثة؟

والجواب: أن المفقود لا يعد وارثا في هذه الحال، لأن حياته قائمة بالاستصحاب، وهو من الظاهر، فلا يصلح حجة لإثبات حقه في الإرث من غيره[1]، أما هو (المفقود) فلا تورث أمواله في غيبته ما لم يقض بموته، لقيام حياته حكما بالاستصحاب، وهو وإن كان من الظاهر إلا أنه يصلح حجة في دفع الورثة عن ماله.

*** (٢٠) على اليد ما أخذت حتى تؤديه (المدخل ٢/ ١٠٧٣):**

هذه القاعدة نص حديث شريف، رواه أحمد والنسائي وابن ماجه والحاكم، من حديث الحسن عن سمرة مرفوعا[2]، ومعناه: أن من أخذ مالا من آخر كان المال المأخوذ مضمونا عليه حتى يرده إليه، وهو مقيد دون شك بأخذه بغير حق، كالغصب مثلا، فإذا أخذه بحق، يكون ضامنا له في أحوال كالمرتهن، وغير ضامن له في أحوال أخرى كالمستعير والوديع إذا لم يقصرا ولم يتعديا.

- **ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها:**

١) غصب سلعة من آخر، وهلكت في يده، فإنه يضمنها بمثلها أو قيمتها، فإذا لم تهلك وجب ردها بعينها، ولا يبرأ من ضمانها حتى يؤديها إلى صاحبها.

٢) وديع أعاد إلى المودع وديعته، ثم تبين أنها ليست له، استردها الوديع منه، وهي مضمونة على آخذها حتى يردها إليه، فإذا هلكت قبل الرد هلكت مضمونة عليه.

---

(١) يحفظ له حقه في التركة رجاء عودته أو ثبوت حياته، فإذا عاد أو ثبتت حياته بدليل مقبول أخذ ما وقفه له، وإلا رد ما وقف له إلى باقي الورثة عند كثير من الفقهاء.

(٢) كشف الخفاء (ص٦٩).

* **(٢١) غرض الواقف مخصص لعموم كلامه (المدخل ٢/ ١٠٧٣):**

المراد بغرض الواقف هنا إرادته الحقيقية، ورغبته الداخلية، ونيته، والمراد بكلامه الألفاظ التي عبر بها عن مقصوده في وقفيته.

ومعلوم أن مدار انعقاد التصرفات الشرعية القولية جميعا، ومنها العقود كلها هو الإرادة الباطنة الحقيقية، كالبيع والإيجار والشركة، ولا يستثنى من ذلك عند الحنفية إلا عقود خمسة هي: النكاح، والطلاق، والعتاق، واليمين، والنذر، وذلك لدليل خاص اقتضى ذلك.

إلا أن الإرادة الباطنة خفية عنا مما يتعذر معه إناطه انعقاد التصرفات بها، ولهذا استعيض عنها بما هو مظنة لها، وهو الكلام، إلا أن الإرادة الباطنة تبقى مؤثرة في انعقاد التصرف وصحته بقدر ما يظهر منها ويبدو للعيان، ولهذا بطلت عقود الصغير غير المميز، لانعدام إرادته بيقين حكما، وكذلك المجنون والنائم.

وهنا قد يأتي في الوقفية نص عام، ويعلم بالقرائن أن الواقف أراد به الخصوص، فيحكم بتخصيص النص بمراد الواقف الحقيقي وغرضه، لأنه هو العلة الأصلية لانعقاد التصرف وصحته.

ومثال ذلك: أن ينص في الوقفية على توزيع الغلة على أولاده الذكور والإناث على الفريضة الشرعية، فهل توزع عليهم بالتساوي، أم يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين؟ الظاهر يقضي بالتساوي، لأنه معنى الفريضة الشرعية، والعرف يحملها على جعل الذكر يستحق ضعف نصيب الأنثى، والعرف أوضح في التعبير عن إرادة الواقف، فيقضى بأن للذكر مثل حظ الأنثيين لذلك(١).

وهذا مقيد بكون النص محتملا لذلك، وإلا فسر النص بما يحتمله فقط، ولا عبرة بالإرادة الداخلية.

---

(١) انظر ابن عابدين (٤/ ٤٤٥).

هذا وغرض الواقف هنا كغرض غيره من الملتزمين في البيع والإيجار[١]

* (٢٢) الفسخ لا يفسد بالشروط الفاسدة:

الفسخ هنا هو الإلغاء، وأكثر ما يستعمل في العقود، وقد اتفق الفقهاء على أن العقود تتأثر بالشروط الجعلية غير الصحيحة، على اختلافهم في تعريف الشرط غير الصحيح واختلافهم في مدى تأثر العقود به.

فذهب الجمهور إلى بطلان العقد إذا دخله شرط غير صحيح، كأن يبيعه كتابه ويشترط عليه ألا يملكه بهذا البيع.

وذهب الحنفية إلى تقسيم الشروط غير الصحيحة إلى قسمين:

١) شروط باطلة، وهذه تلغو ويبقى العقد صحيحا.

٢) وشروط فاسدة، وهذه تفسد ويفسد العقد كله بها.

أما الفسوخ، فقد اتفق الفقهاء على أن الشروط غير الصحيحة لا أثر لها فيها مطلقا.

وعلى هذا إذا باع رجل كتابه من آخر بثمن معين، ثم استقاله المشتري البيع، فأقاله بشرط أن ينزل من الثمن ربعه، فرضي المشتري، فقد صحت الإقالة، ووجب على البائع رد الثمن الأول كله عند أبي حنيفة، ذلك أنه يرى أن الإقالة فسخ هنا، واشتراط المشتري احتجاز ربع الثمن شرط فاسد، وهو لا يؤثر في الفسخ.

وذهب أبو يوسف إلى صحة الإقالة وصحة الشرط أيضا، لأن الإقالة عنده بيع جديد، وليست فسخا، فلا يكون اشتراط تنزيل ربع الثمن شرطا فاسدا، فتصح الإقالة والشرط[٢].

---

(١) انظر شرح قاعدة: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني» من هذا الكتاب.

(٢) انظر كتابنا فقه المعاوضات-١ (ص٣٨١-٣٨٢).

*** (٢٣) القول للقابض في مقدار المقبوض (المدخل ٢/ ١٠٧٣):**

النصوص والقواعد العامة في الشريعة تقضي بأن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، أي: إن قول المدعي لا يقبل منه إلا بالبينة، والمدعى عليه قوله لا يقبل منه إلا باليمين.

وهذه القاعدة تطبيق لهذا المبدأ العام في الشريعة، وهي خاصة بدعوى القبض، فمن ادعى على آخر أنه قبض منه مبلغا معينا من المال قرضا، أو ثمنا لمبيع، أو وديعة...، وأقر المدعى عليه بالقبض، إلا أنه ادعى أن المبلغ المقبوض هو أقل من المبلغ المدعى به، كان الإثبات بالبينة على مدعي التسليم، فإذا عجز عن البينة كانت اليمين على المقر بالقبض، ولا يكلف بالبينة، لأنه مدع في الظاهر، ومدعى عليه في الحقيقة، لأنه صدق المدعي في جزء من المبلغ، وأنكر عليه الجزء الباقي، فقبلت يمينه لذلك، لهذه القاعدة.

ويكون معنى القاعدة لذلك: «القول للقابض في مقدار المقبوض بيمينه»، ولا يقبل منه قوله بلا يمين، إلا إذا أعفاه المدعي منها.

*** (٢٤) الكفر ملة واحدة:**

الكافر هنا هو غير المسلم، كتابيا كان أو مجوسيا أو ملحدا لا دين له، والكفار كلهم فرقة واحدة في نظر المسلمين في حق المعاملات جميعا.

وعلى ذلك إذا توفي كافر، وكان له أولاد كفار مثله، فإنهم يرثونه إذا اتحدت دارهم، سواء أكانوا على دينه، أم على دين آخر، لهذه القاعدة[١]، وذلك على خلاف المسلم والكافر، فإنه لا توارث بينهما مهما كان دين الكافر.

هذا ويستثنى من هذه القاعدة حكمان يفرق فيهما بين الكفار، وهما:

١) الزواج، فإنه يجوز للمسلم الزواج بالكافرة إذا كانت ذات كتاب،

---

(١) انظر كتابنا الأحوال الشخصية (ص٢٦٤).

كالنصرانية واليهودية، فإذا لم تكن ذات كتاب كالمجوسية والملحدة لم يجز الزواج منها بالاتفاق.

٢) الذبيحة، فإنه يجوز للمسلم الأكل من ذبيحة الكافر إذا كان كتابيا، فإذا لم يكن كتابيا لم يجز الأكل من ذبيحته مطلقا[١].

أما باقي أحكام الكفار فهم جميعا مستوون فيها، لا فرق فيها بين كافر وكافر تطبيقا للقاعدة.

*** (٢٥) كل شرط يخالف أصول الشريعة باطل (المدخل ٢/ ١٠٧٣):**

هذه القاعدة تبحث في الشروط الجعلية العقدية، وقد تقدمت الإشارة إلى أن الفقهاء اختلفوا في نظرية (مقتضى العقد) على مذهبين، فذهب الجمهور إلى أن الأصل المنع من الاشتراط إلا لدليل خاص، وذهب الحنبلية إلى أن الأصل جواز الاشتراط إلا لدليل خاص.

إلا أن المذهبين اتفقا على أن الشرط المخالف للشريعة أو الممنوع في الشريعة باطل، وهو يشمل عند الحنفية الباطل والفاسد، والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:

١) باعه سلعته، واشترط عليه أن يؤجره بيته، فإن الشرط هذا باطل، لأنه تضمن عقدا في عقد، وهو منهي عنه.

٢) باعه سلعته، واشترط عليه ألا يمتلكها، فإن الشرط باطل، لمناقضته لمقتضى العقد الذي جاءت به الشريعة.

٣) زوَّجته نفسها بشرط أن يطلق ضرتها، فإن الشرط باطل لدى الجمهور، لأنه منهي عنه بنص.

*** (٢٦) كل شهادة تضمنت جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد (المدخل ٢/ ١٠٧٣):**

تقدمت الإشارة إلى أن الشهادة في الدعاوي يثبت بها الظن، وهو ترجح

---

(١) انظر كتابنا فقه المعاوضات-١ (ص١٠١).

جانب الصدق فيها على جانب الكذب، فتكون حجة لذلك، ما لم يقم برهان على تثبيت وتوسيع دائرة الاحتمال المغلوب المقابل للظن الثابت بها.

فإذا قام الدليل على ذلك نزل الظن الثابت بها إلى مرتبة الشك أو ما دونه، فيسقط الاحتجاج بها لذلك وترد.

ومن الأدلة المدعمة للاحتمال المغلوب فيها كون الشاهد ذا مصلحة في موضوع الشهادة، كأن يكون شريكا للمدعي، وكذلك إذا كان له شبهة المصلحة، بأن يكون دائنا أو ابنا للمدعي أو زوجا له، فإن شهادة هؤلاء لا تقبل لقيام المصلحة، أو شبهة المصلحة.

وكذلك الحال إذا كان في الشهادة دفع مضرة عن الشاهد، أو شبهة المضرة، لأن دفع المضرة مصلحة، وهي مورثة لشبهة الكذب، فتترك الشهادة بها.

*** (٢٧) كل ما جاز بذله وتركه دون اشتراط فهو لازم بالشرط (المدخل ٢/ ١٠٧٣):**

هذه القاعدة من ضوابط نظرية مقتضى العقد، وهي معبرة عن مذهب الحنبلية فيها، كما سبقت الإشارة إليه.

- **والأمور التي يرغب الناس في التزامها بالعقود على حالين:**

١) أمور نهى الله تعالى عنها، كعقدين في عقد، وهذه ممنوع اشتراطها بالاتفاق للنهي.

٢) أمور لم ينه الشارع عنها، وهي أمور اتفق الفقهاء على جواز بذلها والتنازل عنها وعدم اشتراطها، سواء أذن الشارع بها، أم سكت عنها، لقاعدة: «الأصل في الأشياء الإباحة».

وهذه الأمور مما اختلف الفقهاء في جواز اشتراطها في العقد، وعدم جواز ذلك.

فذهب الحنبلية إلى جواز التزامها بالشرط في العقد مطلقا، وذهب الجمهور إلى أن التزامها بالشرط ليس جائزا، وفي المسألة تفصيل يعرف في كتب الفروع[(١)].

*** (٢٨) كل مالك ملزم بنفقة مملوكه (المدخل ٢/ ١٠٧٣):**

هذه القاعدة تطبيق لقاعدة سابقة هي: «الغرم بالغنم»، وهي تعم المملوك من الرقيق، والمملوك من الحيوانات والجمادات على سواء، ومعناها أن مالك الرقيق أو الحيوان ملزم بالإنفاق عليه، بمقابل امتلاكه لمنافعه وزوائده، أرأيتم لو توالد الحيوان عنده، أو در لبنا، ألا يكون مملوكا له؟ فكذلك نفقته تكون واجبة عليه، وكذلك الرقيق، ألا يكون له الحق في الاستعانة به في أعماله؟ فكذلك الحال في نفقته وحاجاته.

فإذا امتنع المالك عن النفقة ألزم بها قضاء، إلا أن يختار إعتاق العبد، أو التنازل عن الحيوان، فعندها يعفى من النفقة، لأنه لم يبق مالكا له.

*** (٢٩) كل من أدى حقا عن الغير بلا إذن أو ولاية فهو متبرع، ما لم يكن مضطرا (المدخل ٢/ ١٠٧٣):**

تقدم في قاعدة: «الإنفاق بأمر القاضي كالإنفاق بأمر المالك» أنه ليس لأحد أن يلزم أحدا بشيء بدون رضاه، أو أمر من الشارع، وهذه القاعدة ذات صلة وثيقة بتلك، ومعناها أن كل من دفع عن غيره التزاما هو عليه لم يرجع على صاحب الالتزام بشيء مما دفع عنه، ويعد متبرعا فيما دفعه، إلا في أحوال، فإن له أن يرجع عليه بما دفعه فيها، وهي:

١) أن يكون قد دفع عنه التزامه بإذنه، كأن يكون لزيد على عمرو دين، فانتدب بكر نفسه، ودفع الدين عن عمرو، فإن كان دفعه بإذن عمرو جاز له الرجوع عليه فيما دفع، وإلا كان متبرعا، ولا يرجع على عمرو بشيء.

---

(١) انظر كتاب بحوث في الفقه الإسلامي، (الفقرات ١٢١-١٢٧)، ومجلة الأحكام العدلية المواد (١٨٦-١٨٩).

٢) أن يكون دفع عنه التزامه بإذن القاضي صريحا أو حكما، كأن يكون وصيا على يتيم، فاشترى له سلعة ودفع عنه ثمنها الثابت عليه، أو يكون شريكا في دار وقد تهدم جدارها، ورفض شريكه الإذن له بالبناء، فرفع الأمر إلى القاضي فأذن له، فإنه يرجع على شريكه بحصته من نفقة بناء الجدار، كما يرجع الوصي على اليتيم بقيمة السلعة، لأن إذن القاضي هنا كإذنه.

٣) أن يكون مضطرا في دفع الالتزام عنه، وقد تعذر عليه استئذانه أو استئذان القاضي، وذلك مثل ما إذا كان له والد مريض مغمى عليه وقد احتاج إلى العلاج، فإن للولد في هذه الحال أن يصرف على والده من مال الوالد، وذلك لتعذر استئذانه لإغمائه، وتعذر استئذان القاضي للحاجة السريعة للعلاج، وهو ضرورة، وكذلك الحال في الرفقة في السفر إذا مرض أحدهم أو مات[١].

*** (٣٠) لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت (المدخل ٢/ ١٠٧٣):**

هذه القاعدة من كلام الإمام أبي يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة -رحمهما الله تعالى-، وقد جاءت في كتابه الخراج بلفظ: «ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»[٢]، والمعنيان مقتاربان إلا أن بينهما عموما وخصوصا، فلفظ أبي يوسف خاص بالإمام، والقاعدة هذه عامة فيه وفي غيره، ولهذا كانت هي الأولى.

ومعنى هذه القاعدة أن اليد (السلطة) إذا ثبتت على مال لا تنزع عنه إلا بدليل، لأن اليد دليل ظاهر في الملك، والقاعدة السابقة: «الظاهر يصلح حجة للدفع» تقضي بالحكم بالظاهر في دفع دعوى نزع اليد عن صاحب اليد حتى يثبت خلاف ذلك.

والمراد بالحق الثابت هنا الثابت بدليل قوي يحتج به كالبينة.

---

(١) انظر ابن عابدين (٦/ ٢٠٠).

(٢) الخراج (ص٦٥-٦٦).

- **ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها:**

١) رجل ادعى على آخر أن الدار التي يسكنها الأخير ملك له -للمدعي- وأنكر الساكن ذلك، لم يحكم بها للمدعي ما لم يقم البينة، فإن أقامها حكم له بها، ونزعت يد الساكن عنها، وإلا لم تنزع من يد الساكن وتركت له، فإذا قامت بينة للمدعي بعد ذلك حكم له بالدار ونزعت يد الساكن عنها، لأن البينة دليل أقوى من الظاهر (وضع اليد).

٢) إنسان يعمل في أرض منذ مدة، ادعى عليه آخرون أنها لهم، وأنها في يده إجارة منهم، وأنكر المدعى عليه ذلك، فإن القاضي يكلفهم بالبينة، فإن أقاموها قضي لهم بالأرض، وإلا بقيت الأرض في يد العامل فيها، ولم تنزع يده عنها بدلالة الظاهر (وضع اليد).

٣) من أعمر أرضا مواتا ليست لأحد فهي له، ولا تنزع يده عنها ما لم تقم بينة على ملكيتها لغيره، قال أبو يوسف في كتابه الخراج: «وأيما قوم من أهل الحرب بادوا فلم يبق منهم أحد، وبقيت أَرَضوهم معطلة، ولا يعرف أنها في يد أحد، ولا أن أحدا يدعي فيها دعوى، وأخذها رجل فعمرها وحرثها وغرس فيها وأدى عنها الخراج والعشر، فهي له، وهذه الموات هي التي وصفْتُ لك في أول المسألة، وليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»[١].

هذه القاعدة هامة جدا في استقرار الأوضاع والأحكام بين الناس، وإقامة العدالة ودفع الظلم عنهم والاعتداء على أموالهم، وكف يد الطغاة والظالمين من أن تمتد إليهم بغير حق، مصادرة وغصبا وغير ذلك.

*** (٣١) ليس لأحد تمليك غيره بلا رضاه (المدخل ٢/ ١٠٧٤):**

أسباب الملكية في الشريعة الإسلامية متعددة، وهي في مجموعها على قسمين:

---

(١) الخراج (ص٦٥-٦٦).

١) أسباب يثبت الملك فيها بحكم الشارع، وهي الخَلَفية بالإرث، والتولد من المملوك، وهذه التملك فيها جبري من الشارع، فمن مات والده وترك تركة انتقلت التركة إليه بموت والده، رضي بذلك أم لم يرض، وكذلك إذا كان له شاة فولدت حملا فإن الحمل يدخل في ملكه جبرا عنه، وهذه الأسباب غير داخلة تحت القاعدة في الأصل، لأنها من الشارع، وليست من أحد من الناس.

٢) وأسباب يثبت الملك بها بإرادة المكلفين، وهي إحراز المباحات كالاحتطاب، وخلفية شيء عن شيء كالأرش، والعقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة والوصية، وهذه كلها لا يثبت الملك بها لأحد إلا برضاه، فالهبة ترد بالرد، والوصية كذلك ترد بالرد بعد وفاة الموصي، والبيع لا يصح ولا ينعقد إلا برضا المتعاقدين، والمباح لا يدخل في ملك المحرز إلا إذا نوى بإحرازه التملك، والضمان في المتلفات لا يجب للمتضرر إلا إذا طالب به صاحبه، وهذا هو المراد بالقاعدة.

* **(٣٢) ليس لعِرْقٍ ظالم حق (المدخل ٢/ ١٠٧٤):**

العرق هو الأنبوب اللحمي الذي يجري فيه الدم في الكائن الحي، وهذه القاعدة جزء من حديث شريف، لفظه: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من موات الأرض شيئا فهو له، وليس لعِرْقٍ ظالم حق»، رواه أبو داود عن سعيد بن بريد مرفوعا، والنسائي، والترمذي وأعله بالإرسال، ورجح الطبراني إرساله، وأخرجه الطيالسي وغيره، وعلقه البخاري عن عمرو بن عوف[١].

ومعنى هذه القاعدة أنه ليس لجهد وعمل ظالم قيمة في حكم الشرع (وكني عن الجهد بالعِرْق، لأنه علامة وعنصر من العناصر المظهرة للجهد والعمل) ولا يستحق الظالم على جهده هذا أي تعويض، لأنه هدر في حكم الشرع.

وهذه القاعدة كما هو مفهوم من سياق الحديث الشريف الذي جاء بها مرتبطة

---

(١) انظر كشف الخفاء (ص١٧١)، والنهاية لابن الأثير (٣/ ٢١٩).

بإحياء الموات، إلا أن القاعدة الأصولية: «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب» تجعلها عامة في كل الأحكام.

- **وتطبيقات هذه القاعدة في الأحكام الشرعية كثيرة، منها:**

١) رجل زرع أرض غيره بغير إذنه يؤمر بقلع الزرع إذا كان ذلك القلع لا يضر بالأرض، فإذا كان القلع يضر بالأرض، ضمن صاحب الأرض للزارع قيمة بذاره مقلوعا دون أجرة الحرث والبذر إن شاء، وإن شاء أمره بقلع الزرع وضمنه ما نقصت الأرض بذلك، لهذه القاعدة.

٢) رجل غصب كتابا من آخر وجلده، فإن لصاحب الكتاب أن يسترد كتابه منه ويضمن له قيمة الجلد فقط دون أجرة التجليد إن شاء، لهذه القاعدة.

وهذه القاعدة على إطلاقها لدى جمهور الفقهاء، وذهب الكرخي من الحنفية إلى أن قيمة الاعتداء إذا كانت أصغر من الحق المعتدى عليه كان الحكم كذلك، فإذا كانت قيمة الاعتداء أكبر من الحق الأصلي المعتدى عليه كان لجهد صاحب الاعتداء وعمله قيمة واعتبار تطبيقا للقاعدة: «يرتكب أخف الضررين».

وعلى ذلك لو غصب إنسان أرضا وغرسها بالأشجار، وكانت قيمة الأشجار أكبر من قيمة الأرض، فإن للغاصب أن يحتفظ بالأرض ويضمن قيمتها لصاحبها عند الكرخي خلافا للجمهور، فإذا كانت قيمة الأشجار أصغر من قيمة الأرض، لم يكن له ذلك بالاتفاق، كما تقدم.

هذا والعمل على مذهب الجمهور في هذا، درءا لتسلط المتسلطين الظالمين، وسدا لذريعة اعتداء الأقوياء على الضعفاء، وطردا لهذه القاعدة.

*** (٣٣) ما تشترط فيه عدة شرائط ينتفي بانتفاء إحداها (المدخل ٢/ ١٠٧٤):**

الشرط -بفتحتين- في اللغة: العلامة، ويجمع على أشراط، والشرط - بسكون الراء - مثله، ويجمع على شروط[١]، والشريطة والشرط في اصطلاح الفقهاء:

(١) انظر المصباح المنير ومختار الصحاح، مادة «شرط».

«ما ارتبط غيره به انعداما لا وجودا، وكان خارجا عن ماهيته».

والقاعدة هذه تشير إلى أن كل ماهية شرعية ربطها الشارع بشروط شرعية لا توجد إلا إذا وجدت شروطها كلها، فإذا انتفت الشروط جميعا انتفت الماهية، وإذا انتفى واحد منها فقط انتفت الماهية أيضا.

هذا إذا كانت الشروط للانعقاد، فإذا كانت للصحة أو للنفاذ أو للزوم اختلت الماهية لفوات الشروط بحسبه، وسواء هنا أيضا فوات شرط واحد أو شروط متعددة.

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) شروط صحة الصلاة متعددة، منها: استقبال القبلة، والطهارة، ودخول الوقت، فإذا انتفت هذه الشروط كلها بطلت الصلاة، وإذا انتفت الطهارة وحدها بطلت الصلاة أيضا، لهذه القاعدة.

٢) شروط انعقاد البيع كثيرة، منها: الإيجاب والقبول، ووجود المبيع عند العقد، وكون المبيع مالا متقوما، فإذا انتفت هذه الشروط كلها بطل البيع، وكذلك إذا انتفى واحد منها، كالمالية أو الوجود على سواء فإنه يبطل أيضا.

*** (٣٤) ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب (المدخل ٢/ ١٠٧٤):**

هذه القاعدة تعبير عن حكم أصولي هو مقدمة الواجب، ومعناها أن كل ما توقف قيام الواجب أو تمامه على وجوده كان إيجاده واجبا، ما دام ذلك في حدود الطاقة.

وإذا أردنا التعبير عن هذا المعنى بلفظ أوضح قلنا: الواجب على نوعين: واجب لذاته، وواجب لغيره، فالأول هو المقاصد كالصلاة والزكاة، والثاني هو الوسائل، كالوضوء للصلاة، وتحصيل الماء للوضوء، وهو مقدمة الواجب.

ومقدمة الواجب قد تكون شرطا له، وقد تكون سببا، كما تكون طريقا شرعيا له، أو طريقا عقليا أو عاديا.

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) الوضوء ضروري لصحة الصلاة، ولا تصح إلا به، فهو واجب عند وجوب الصلاة لذلك، وهو شرط شرعي لها.

٢) تحصيل الماء ضروري عقلا للوضوء، فيكون تحصيله واجبا كالوضوء عند وجوب الوضوء.

٣) تحصيل الراحلة ضروري للحج بالنسبة للآفاقي، فيكون واجبا عند وجوب الحج لذلك، وهو شرط عادي له[1] لإمكان السفر ماشيا، ولكن بمشقة بالغة.

* (٣٥) ما وجب أداؤه فبأي طريق حصل كان وفاء (المدخل ٢/ ١٠٧٥):

لوجوب الحقوق وثبوت الالتزام في الذمة أسباب كثيرة، منها: العقود الناقلة للملكية، كالبيع والإجارة، ومنها حكم الشارع كوجوب النفقة والزكاة.

والحقوق الواجبة بعضها وجوبه قضائي، وبعضها الآخر وجوبه دياني، فمن الأول تسليم المبيع في البيع، ودفع النفقة للزوجة والأقرباء، ومن الثاني إرضاع الأم طفلها الرضيع، ودفع الحق المتقادم إذا أنكره المدعى عليه، ولا تقبل به الدعوى.

فإذا ما ثبت حق الإنسان على إنسان آخر، قضائيا كان الحق أم ديانيا، واستطاع صاحب الحق الوصول إلى حقه بوجه من الوجوه، كان مستوفيا حقه بذلك مهما كانت الطريق إليه.

- **والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:**

١) لرجل دين حال على آخر ينكره ويمتنع عن وفائه، فوقع صاحب الحق على مال للمدين من جنس دينه خفية وأخذه، كان الدائن بهذا الأخذ مستوفيا

---

(١) انظر مقدمة الواجب بشكل مفصل في فواتح الرحموت (١/ ٩٥-٩٦)، والمستصفى (١/ ٧١-٧٢)، وشرح القاضي العضد على ابن الحاجب (١/ ٢٤٤-٢٤٨).

دينه، فتبرأ ذمة المدين عنه بذلك، وتمتنع مطالبته بالدين بعد ذلك، كما يمتنع على المدين طلب ما أخذ منه، لأنه استيفاء.

٢) لرجل وديعة عند آخر أنكرها عليه، وبعد ذلك أعار الوديع الوديعة من المودع، كان المودع بذلك مستوفيا وديعته، فتبرأ ذمة الوديع عنها، ويمتنع عن الوديع المطالبة بها بعد ذلك، ويكون ضمانها على مالكها المستعير.

٣) رجل باع من آخر سلعة ما بيعا فاسدا، وسلمها للمشتري، ثم استعار البائع السلعة من مشتريها، كانت هذه الاستعارة استردادا للمبيع، وفسخا للبيع الفاسد، وليست استعارة، لوجوب فسخ البيع الفاسد.

٤) استأجر الوالد زوجته أم الطفل لإرضاع طفله وهي في عصمته، فأرضعته، لم تستحق عليه الأجرة، لأنها بالإرضاع قامت بحق واجب عليها ديانة، فلا تستحق عليه أجرة.

*** (٣٦) مقاطع الحقوق عند الشروط (المدخل ٢/ ١٠٧٥):**

هذه القاعدة قول مأثور عن عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- وهي في معنى القاعدة السابقة: «الأصل في العقد رضا المتعاقدين ونتيجته ما التزماه بالتعاقد»، وقد تقدم في شرحها أن ذلك هو مذهب الحنبلية، وأن مذهب الجمهور المنع من الشروط وعدم الالتزام بها ما لم ينص عليها الشارع، أو يجري بها العرف، أو تكون من مقتضى العقد أو من ملائماته.

ومعنى مقاطع الحقوق عند الشروط أن الشروط الجعلية الصحيحة في أي عقد صحيح تكون مؤثرة في أحكامه ونتائجه، وملزمة لكلا الطرفين بمضمونها.

وأمثلة ذلك كثيرة، منها:

١) تزوجته على ألا يسافر بها، وبعد الدخول بها أراد السفر بها، فرفعت أمرها إلى القاضي فإن القاضي هنا يلزمه بشرطه، ويجعل لها ألا تسافر معه إذا أرادت، للشرط.

٢) باعه السلعة بشرط حملها إلى بيته ثم رفض البائع حملها، يلزم البائع بالحمل بحسب الشرط، للشرط.

* (٣٧) ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط:

يعرف الفقهاء الملكية بأنها: اختصاص حاجز يبيح لصاحبه التصرف إلا لمانع، وهي نعمة من الله تعالى يمن بها على الإنسان الذي ثبتت له، فإن المال مال الله تعالى يملكه من شاء من عباده.

والمال الذي ثبتت فيه الملكية نوعان: عين، ودين.

فالعين: ما يتعين بالتعيين من المال، كالعقار والمنقولات.

والدين: ما لا يتعين بالتعيين من المال، كالذهب والفضة والفلوس الرائجة.

وهناك نوع ثالث من المال يقبل التعين ويقبل عدم التعين، وهو المثليات، وهي كل مكيل، أو موزون، أو مذروع، أو معدود متقارب.

فأما الأعيان فلا تقبل ملكيتها الإسقاط إذا ثبتت، ولكن تقبل النقل بالبيع وغيره، لأن الإسقاط معناه ضياعها وإتلافها وهو محرم في الإسلام، وهو السائبة، وقد حرمها القرآن بالنص الكريم، وهو قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ [١]، أما النقل فليس فيه معنى الإتلاف فيجوز.

وأما الديون فإن ملكيتها تقبل الإسقاط، لأن في إسقاطها بقاءها في ذمة من أسقطت من أجله، وهو نقل للملكية في المعنى، وهو جائز في كل أنواع الأموال.

وأما المثليات، فهي إن عينت كان لها حكم الأعيان فلا تقبل الإسقاط، وإن كانت غير معينة كانت كالديون فتقبل الإسقاط.

وعلى هذا فإن قال مالك الدار: أسقطت ملكيتي عن داري الفلانية، لم يصح ذلك، وتبقى الدار على ملكه.

---

(١) الآية (١٠٣) من سورة المائدة.

ولو قال: أسقطت ديني عن فلان سقط، ولم يعد له المطالبة به.

فإذا قال: أسقطت مالي عند فلان من قمح أو زيت، فإن كان ذلك معينا كأن أودعه عنده مثلا لم يسقط، وإن كان غير معين بأن اشترى منه كمية غير معينة، ولم يقبضها منه، ثم أسقطها عنه، فإنها تسقط، لأنها دين.

وعلى هذا لو اصطاد إنسان عصفورا، ثم أطلقه فاصطاده غيره، فإن للأول طلبه منه، لأن ملكيته لم تسقط بالإطلاق بعد أن ثبتت بالصيد، وهكذا.

*** (٣٨) الوكيل مع الأصيل كالشخص الواحد (المدخل ٢/ ١٠٧٥):**

الإنسان المكلف الذي يملك ممارسة أعماله بنفسه، يملك أن ينيب عنه غيره في كثير منها، فإذا ما أناب إنسان إنسانا آخر عنه في تصرف معين له أن ينيب فيه وأطلق له الوكالة، ملك الوكيل عقد التصرف الموكل فيه، ويكون نافذا على الموكل بمجرد عقده، من غير توقف على شيء آخر إذا كان مستكملا شروطه، وكأن الأصيل هو الذي عقده تماما، فإذا قيد الأصيل الوكيل بشروط معينة تقيد الوكيل بها، ولم يملك الخروج عنها.

فإذا مارس الوكيل صلاحياته في غيبة الموكل، كانت هذه التصرفات نافذة كممارسته إياها في حضور الموكل تماما.

هذا وتبقى صلاحيات ممارسة هذا التصرف محل الوكالة للأصيل كما هي للوكيل، وعلى ذلك إذا باع الوكيل السلعة التي وكل ببيعها فقبض الموكل الثمن من المشتري برئت بذلك ذمة المشتري منه، وكذلك العكس، لهذه القاعدة.

إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها كما يظهر من كلام الفقهاء، وأن هنالك أحكاما يفارق الوكيل فيها الأصيل، وهي معروفة في باب الوكالة من كتب الفقه[1].

(١) انظر على سبيل المثال ابن عابدين (٥/ ٥١٤) وما بعدها.

* **(٣٩) يحمل حال المسلم على الصلاح ما أمكن:**

إذا صدر عن المكلف المسلم قول أو عمل، وكان ذلك محتملا لتفسيرين، الأول يؤدي إلى تفسيقه أو تكفيره، والثاني لا يؤدي إلى شيء من ذلك، وجب تفسيره بما لا يؤدي إلى تفسيقه أو تكفيره، لأن الإسلام يعني الالتزام بطاعة الله والبعد عن معاصيه، فإذا استوى المعنيان في التصرف الواحد يرجح جانب الطاعة بهذا الالتزام المظنون.

ومثال ذلك: رجل اشترى سيارة من آخر، واشترط لنفسه خيار الشرط ثلاثة أيام، وفي خلال هذه الأيام استخدمها مرات لقضاء مصالحه دون إذن البائع، وكان ذلك زائدا عن الاستعمال اللازم للتجربة.

- **هذا الاستخدام له تفسيران:**

الأول: أنه استعمال لمتاع الغير بغير إذنه، وهو اعتداء محرم.

والثاني: أنه إسقاط للخيار والتزام بالبيع، وبذلك يخرج عن الاعتداء لدخوله في ملكه بسقوط الخيار.

والفقهاء على ترجيح التفسير الثاني للقاعدة السابقة[1].

فإذا لم يحتمل اللفظ أو العمل الصادر عن المكلف المسلم إلا تفسيرا واحدا يؤدي إلى تفسيقه أو تكفيره، كان لا مناص من اللجوء إليه، والحكم به.

ومثال ذلك: رجل باع داره من آخر على أن الخيار له مدة ثلاثة أيام، ثم أبلغ المشتري فسخه للبيع بحق الخيار ضمن المدة المشروطة، فلم يأبه المشتري لذلك وشغل الدار مدة، فإنه في هذه الحال يعد غاصبا ومعتديا، ولا يمكن تفسيره بغير ذلك، لسقوط الخيار أولا، ولأن الخيار للبائع وليس له ثانيا.

* **(٤٠) يصان كلام العاقل عن اللغو ما أمكن:**

المراد بالكلام هنا: الكلام الذي يترتب عليه حكم شرعي، عقديا كان كالبيع

(١) انظر كتابنا فقه المعاوضات-١ (ص٢٧١-٧٢).

والإجارة والزواج، أو تصرفا منفردا، كالإقرار والطلاق والشهادة.

والمراد بالعاقل: كامل الأهلية، فيخرج به المجنون والمعتوه والصبي، مميزا كان أم غير مميز.

والمراد باللغو: إهمال الكلام وعدم إناطة أي حكم به.

وكلمة «ما أمكن» المراد بها: قدر الاستطاعة، ويقابله: التعذر والاستحالة.

فيكون معنى القاعدة: أن عاقلا ما إذا صدر عنه كلام ما، ينظر: فإن كان لهذا الكلام معنى ما، يمكن أن يترتب عليه حكم شرعي، حمل الكلام على هذا المعنى وثبت عليه حكمه، سواء أكان الحمل هذا على سبيل الحقيقة أم على سبيل المجاز، وحمله على الحقيقة مقدم على حمله على المجاز، فإذا استحال الحمل على معنى ما مطلقا وجب إهماله.

أما كلام غير العقلاء، فلا يؤبه له رغم إمكان حمله على معنى.

وهذه القاعدة مرادفة تقريبا لقاعدة سابقة هي: «إعمال الكلام أولى من إهماله»، وإن كان في هذه تصريح بخصوصية ذلك بالعقلاء دون القاعدة السابقة، إلا أن هذا القيد ملحوظ في القاعدة السابقة، وإن لم ينص عليها فيه.

- **وأمثلة ذلك كثيرة، منها:**

١) **إذا قال إنسان لآخر**: لك عندي دراهم، ولم يبين مقدارها ثبت للمقر له أدنى الجمع منها، وهو ثلاثة دراهم، ولو قال له: لك عندي دراهم كثيرة، ثبت له عنده مئتا درهم هي مقدار نصاب الزكاة، ولا يلغى هذا الإقرار بسبب الجهالة للقاعدة.

٢) **إذا قال إنسان لآخر**: لك عندي، ولم يبين شيئا ألغي الإقرار وأهمل، ولم يثبت به شيء، لاستحالة حمله على معنى ما.

٣) **قال لزوجته**: أنت طالق طلقة كبيرة، وقع عليها بذلك طلقة بائنة، ولو قال: طلقة ولم يصفها بأنها كبيرة، وقع عليها بذلك طلقة رجعية فقط.

الفصل الثالث

بعض القواعد الفقهية الكلية
من غير شرح
مرتبة حسب الحروف الهجائية لأوائلها

بعض القواعد الفقهية الكلية من غير شرح مرتبة حسب الحروف الهجائية لأوائلها

(١) إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة. (السيوطي: ١٧٩).

(٢) الحدود تدرأ بالشبهات. (ابن نجيم: ١/ ١٦١، والسيوطي: ١٣٦).

(٣) الحر لا يدخل تحت اليد. (ابن نجيم: ١/ ١٦٤، والسيوطي: ١٣٨)

(٤) الحريم له حكم ما هو حريم له. (السيوطي: ١٣٩).

(٥) الخروج من الخلاف مستحب. (السيوطي: ١٥١).

(٦) الرخص لا تناط بالمعاصي. (السيوطي: ١٥٣).

(٧) الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه. (السيوطي: ١٥٦).

(٨) الفرض أفضل من النفل إلا في مسائل. (ابن نجيم: ١/ ١٨٩).

(٩) لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه. (السيوطي: ١٧٥).

(١٠) ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط. (السيوطي: ١٦٦).

(١١) ما حرم استعماله حرم اتخاذه. (السيوطي: ١٦٧).

(١٢) المشغول لا يشغل. (السيوطي: ١٦٧).

(١٣) النفل أوسع من الفرض. (السيوطي: ١٧١).

(١٤) هل يكره الإيثار في القُرَب؟ (ابن نجيم: ١/ ١٥٣).

(١٥) الواجب لا يترك إلا لواجب. (ابن نجيم: ١/ ١٦٥، السيوطي: ١٦٤).

(١٦) يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد. (السيوطي: ١٧٥).

***

الفهارس العامة

فهرس الآيات الكريمة

السورة / الآية	رقم الصفحة

***

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

***

ثبت أهم المصادر

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، دار الطباعة العامرة.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، عيسى البابي الحلبي.

(٣) الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

(٤) الأربعين النووية، للإمام النووي، إدارة الطباعة المنيرية.

(٥) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية، المطبعة المنيرية.

(٦) بحوث في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد الحجي الكردي، جامعة دمشق.

(٧) بدائع الصنائع، للإمام الكاساني، مطبعة الإمام بالقلعة.

(٨) جامع الأصول، لابن الأثير، دار الملاح.

(٩) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي.

(١٠) حاشية الحموي على الأشباه والنظائر، للحموي، دار الطباعة العامرة.

(١١) حاشية الطحطاوي على الدر المختار، للطحطاوي، دار المعرفة ببيروت.

(١٢) الخراج، للإمام أبي يوسف، المكتبة السلفية.

(١٣) الدر المختار، للحصكفي، طبعة مصطفى البابي الحلبي الثانية.

(١٤) دعوى الحسبة في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد الحجي الكردي، الجامعة الليبية.

(١٥) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، طبعة مصطفى البابي الحلبي الثانية.

(١٦) سبل السلام، للصنعاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

(١٧) سنن النسائي، للإمام النسائي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

(١٨) شرح مجلة الأحكام العدلية، للأتاسي، حمص، ١٣٤٩هـ.

(١٩) شرح العضد على ابن الحاجب، للقاضي العضد.

(٢٠) صحيح البخاري، للإمام البخاري، دار الشعب بمصر.

(٢١) قانون الأحوال الشخصية، للحكومة السورية، مطبعة النوري.

(٢٢) كشف الخفاء ومزيل الإلباس، للعجلوني، الطبعة الثانية، ١٣٥١هـ.

(٢٣) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء، الطبعة السادسة، ١٣٧٨هـ.

(٢٤) المصباح المنير، للفيومي، الطبعة الثانية، ١٣٢٤هـ.

(٢٥) مختار الصحاح، للرازي، الطبعة الثانية.

(٢٦) الموطأ، للإمام مالك، كتاب الشعب.

(٢٧) مغني المحتاج، للشربيني الخطيب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

(٢٨) معاني الآثار، للطحاوي، مطبعة الأنوار المحمدية.

(٢٩) مجلة الأحكام العدلية، لجنة من العلماء، الطبعة الثالثة، ١٣٠٥هـ.

(٣٠) نيل الأوطار، للشوكاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

(٣١) النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير، مطبعة عيسى البابي الحلبي.

(٣٢) الهداية، للمرغيناني، الطبعة الأولى.

***

قائمة المحتويات التفصيلية

الموضـــــــــــــــــوع	رقم الصفحة

الموضـــــــــــــــــوع	رقم الصفحة
(٣٠) لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت	١٦٦
(٣١) ليس لأحد تمليك غيره بلا رضاه	١٦٧
(٣٢) ليس لعِرْقٍ ظالمٍ حق	١٦٨
(٣٣) ما تشترط فيه عدة شرائط ينتفي بانتفاء إحداها	١٦٩
(٣٤) ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب	١٧٠
(٣٥) ما وجب أداؤه فبأي طريق حصل كان وفاء	١٧١
(٣٦) مقاطع الحقوق عند الشروط	١٧٢
(٣٧) ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط	١٧٣
(٣٨) الوكيل مع الأصيل كالشخص الواحد	١٧٤
(٣٩) يحمل حال المسلم على الصلاح ما أمكن	١٧٥
(٤٠) يصان كلام العاقل عن اللغو ما أمكن	١٧٥
الفصل الثالث: بعض القواعد الفقهية الكلية من غير شرح مرتبة بحسب الحروف الهجائية لأوائلها	١٧٧
(١) إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة	١٧٩
(٢) الحدود تدرأ بالشبهات	١٧٩
(٣) الحر لا يدخل تحت اليد	١٧٩
(٤) الحريم له حكم ما هو حريم له	١٧٩
(٥) الخروج من الخلاف مستحب	١٧٩
(٦) الرخص لا تناط بالمعاصي	١٧٩
(٧) الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه	١٧٩
(٨) الفرض أفضل من النفل إلا في مسائل	١٧٩
(٩) لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه	١٧٩

الموضوع	رقم الصفحة

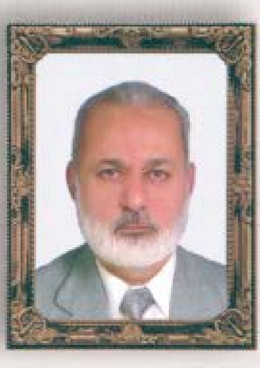
***

قائمة المحتويات الإجمالية

***

المؤلف في سطور

هو الشيخ الفاضل الأستاذ الدكتور أحمد الحجي بن محمد المهدي بن أحمد ابن محمد عسّاف الكردي، ولد في مدينة حلب سنة (١٣٥٧هـ) المتوافق مع سنة (١٩٣٨م)، وقرأ القرآن الكريم على المقرئة الخوجة الجغمية، وفي عام (١٩٤٥م) درس المرحلة الابتدائية في مدرسة أبي عبيدة بن الجراح في حلب، وبعد تخرجه سنة (١٩٥٠م) دخل الثانوية الشرعية، فحصل على شهادة الكفاءة الشرعية سنة (١٩٥٦م) وعلى شهادة الثانوية الشرعية سنة (١٩٥٩م)، ثم انتسب إلى كلية الشريعة بجامعة دمشق وتخرج منها سنة (١٩٦٣م)، ثم أوفدته جامعة دمشق إلى جامعة الأزهر لإتمام الدراسات العليا، فحصل على شهادة الماجستير عام (١٩٦٧م) في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، وفي عام (١٩٦٨م) حصل على شهادة الماجستير في التفسير وعلوم القرآن من كلية أصول الدين بجامعة الأزهر، وفي عام (١٩٧٠م) حصل على شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن بدرجة الشرف الأولى من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، وكانت رسالته التي أعدها بعنوان: "فسخ الزواج: بحث مقارن بين الإسلام واليهودية والنصرانية"، فعين مدرسا في كلية الشريعة بدمشق سنة (١٩٧٠م)، وترقى في الجامعة إلى أن نال درجة الأستاذية سنة (١٩٨٠م)، وصار رئيسا لقسم علوم القرآن والسنة سنة (١٩٨٣م)، وقد أعير إلى كلية الآداب في جامعة بني غازي في ليبيا سنة (١٩٧٢م) فظل فيها سنتين، كما انتدب جزئيا للتدريس في جامعات حلب والكويت وكلية الإمام الأوزاعي بلبنان، وفي عام (١٩٩٣م) أعير إلى الموسوعة الفقهية في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في دولة الكويت بناء على طلبها، ولا يزال يعمل فيها بصفة خبير.



أ.د. أحمد الحجي الكردي

تتلمذ على عدد من المشايخ الأجلاء منهم: مصطفى الزرقاء، ومصطفى السباعي، ومعروف الدواليبي، ومحمد فوزي فيض الله، ويوسف العش، وأحمد فهمي أبو سنة، ومصطفى زيد، وأبو النور زهير، والحسيني شحاتة، وهو المشرف على رسالته للدكتوراه، وصوفي حسن أبو طالب، وغيرهم.

ومن زملائه وأقرانه الأساتذة الدكاترة: مصطفى البغا، ووهبة الزحيلي، ومحمد الزحيلي، ومحمد سعيد رمضان البوطي، ونور الدين العتر، وغيرهم.